

CONSULTA ONLINE

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO



2021

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

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

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; Jacques Ziller

Referenti: Patrizia Magarò; Vincenzo Sciarabba

COMITATO SCIENTIFICO

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

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

Cesare Pinelli (Univ. di Roma La
Sapienza)

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

Giuseppe De Vergottini (Univ. di
Bologna)

Giovanni Pitruzzella (Univ. di
Palermo)

Guido Alpa (Univ. di Roma La
Sapienza)

Thierry Di Manno (Univ. di
Tolone)

Alessandro Pizzorusso (Univ. di
Pisa)

Gaetano Azzariti (Univ. di Roma
La Sapienza)

Mario Dogliani (Univ. di Torino)

Annamaria Poggi (Università di
Torino)

Sergio Bartole (Univ. di Trieste)

Adriano Giovannelli (Univ. di
Genova)

Giuseppe Ugo Rescigno (Univ. di
Roma La Sapienza)

Roberto Bin (Univ. di Ferrara)

Riccardo Guastini (Univ. di
Genova)

Roberto Romboli (Univ. di Pisa)

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

Peter Leyland (Univ. Soas,
Londra)

Antonio Ruggeri (Univ. di
Messina)

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

Roberto Mastroianni (Univ. di
Napoli Federico II)

Carmela Salazar (Univ. di Reggio
Calabria Mediterranea)

Paolo Caretti (Univ. di Firenze)

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

Fernando Facury Scaff (Univ. di
San Paolo)

Lorenza Carlassare (Univ. di
Padova)

Josep Maria Castella Andreu
(Univ. di Firenze)

Valerio Onida (Univ. di Milano
statale)

Federico Sorrentino (Univ. di
Roma La Sapienza)

Augusto Cerri
(Univ. di Roma La Sapienza)

Alessandro Pace (Univ. di Roma
La Sapienza)

Lara Trucco (Univ. di Genova)

Pasquale Costanzo (Univ. di
Genova)

Otto Pfersmann (Ehess, Parigi)

Gina Vidal Marcilio Pompeu
(Univ. di Fortaleza)

Jacques Ziller (Univ. di Pavia)

I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

ENRICO ALBANESI – Professore associato di diritto costituzionale, Università di Genova

ANTONINO AMATO – Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Messina

ANTONIO IGNAZIO ARENA – Assegnista di Diritto costituzionale, Università di Messina

LIBORIA LINDA ARDIZZONE – Dottoranda in Scienze economiche, aziendali e giuridiche, Università Kore Enna

VITALBA AZZOLLINI, Funzionaria presso la CONSOB

FELICE CARLO BESOSTRI – Avvocato cassazionista

ANDREA BONOMI – Professore associato di Istituzioni di diritto costituzionale, Università di Bari

GIOVANNI BOTTO – Dottorando in Sicurezza, rischio e vulnerabilità (Orientamento: Security and Law), Università di Genova

GIAMPIERO BUONOMO – Consigliere del Senato della Repubblica

OMAR CARAMASCHI – Assegnista di istituzioni di diritto pubblico, Università di Genova

AGATINO CARIOLA – Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Catania

LUCIANO CIAFARDINI – Magistrato ordinario, Assistente presso la Corte costituzionale

GIAN LUCA CONTI – Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Pisa

ANTONIO D'ATENA – Professore emerito di Diritto costituzionale, Università di Roma Tor Vergata

ILARIA DE CESARE – Assegnista ca in Diritto costituzionale, Università di Pavia

CRISTINA DE LUCA – Cultrice di Giustizia costituzionale, Università di Roma "Tor Vergata"

FRANCESCO VALERIO DELLA CROCE – Dottorando in Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale (curriculum in Diritto Pubblico dell'Economia)

CARLA DI MARTINO – Ricercatrice t.d., lett. a), In Diritto costituzionale, Università di Palermo

JOHN DIAMOND – Professore emerito di Public Policy and Professional Practice, Edge Hill University

GIUSEPPE DONATO – Ricercatore universitario t.d., lett. a), Università di Messina

MARIA CHIARA ERRIGO – Dottoressa di ricerca in Scienze Giuridiche (Diritto Costituzionale), Università di Modena e Reggio Emilia

BERTRAND FAURE – Professore di Diritto pubblico, Università di Nantes

JACOPO FERRACUTI – Assegnista di Diritto costituzionale, Università di Roma Tre

SILVIA FILIPPI – Assegnista di Diritto costituzionale, Università di Perugia

FRANCESCO GABRIELE – Già professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Bari

GIANLUIGI GATTA – Professore ordinario di Diritto penale, Università Statale di Milano

FEDERICO GIRELLI – Professore associato di Diritto costituzionale, UniCusano telematica

IRENE GOIA – Cultrice di diritto costituzionale presso l'Università di Torino

RICCARDO GUASTINI – Professore emerito di filosofia del diritto, Università di Genova

ALESSANDRO LAURO – Dottorando in Diritto, persona e mercato, Università Ca' Foscari di Venezia

GIUSEPPE LIBUTTI – Avvocato cassazionista

PIERDOMENICO LOGROSCINO – Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Bari

MA PATRIZA MAGARO' – Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università di Genova

MA ALBERTO MARCHESELLI, Professore di diritto finanziario, Università di Genova

ANDREA MATTEONI – Dottore magistrale in Giurisprudenza

ALESSANDRA MAZZOLA – Dottoranda di ricerca in Il diritto dei servizi nell'ordinamento italiano ed europeo, curriculum di Diritto–Università di Napoli “Parthenope”

GIACOMO MENEGATTO – Cultore della materia in *ELP - Global English for Legal Studies*, Università di Padova

MASSIMILIANO MEZZANOTTE – Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblica, Università di Teramo

MICHELA MICHETTI – Ricercatore di Diritto costituzionale, Università di Teramo

NOEMI MINISCALCO – Assegnista di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Modena-Reggio Emilia

GIUSEPPE MOBILIO, Ricercatore a d.t. lett. b), di Diritto costituzionale, Università di Firenze

ALESSANDRO MORELLI – Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Messina

ANDREA MORRONE –Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Bologna

ROBERTO PINARDI – Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Modena-Reggio Emilia

GIOVANNA RAZZANO – Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Roma “La Sapienza”

ELEONORA RINALDI –Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Roma “La Sapienza”

MARINA ROMA – Dottoranda in Diritto (Orientamento pubblicistico) Università di Genova

ANTONIO RUGGERI – Professore emerito di Diritto costituzionale, Università di Messina

ANTONIO SAITTA –Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Messina

CARMELA SALAZAR – Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Mediterranea di Reggio Calabria

LUIGI SANTORO – Dottorando di ricerca in Diritto ed Economia, Università Mediterranea di Reggio Calabria

ALESSIO SARDO – Ricercatore l.d. lett. a), di Filosofia del diritto, Università di Genova

SIMONE SCAGLIARINI – Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Modena-Reggio Emilia

VINCENZO SCIARABBA – Professore associato di diritto costituzionale, Università di Genova

GIUSI SORRENTI – Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Messina

LORENZO SPADACINI – Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Brescia

GIOVANNI TARLI BARBIERI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Firenze

FRANCESCO TORRE – Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche, Università di Messina

ROBERTO TONIATTI – Professore emerito di Diritto costituzionale, Università di Trento

LARA TRUCCO – Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Genova

GIUSEPPE VERDE –Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Palermo

INDICE
2021

Note di presentazione

V

STUDI

GIUSI SORRENTI

CDFUE e rapporti *inter privatos* ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi»? (ancora sulla doppia pregiudizialità ... passando per Saint Exupery)

1

ANDREA BONOMI

Può il diritto vivente rendere chiara e precisa una legge “sostanzialmente penale” dal contenuto vago ed incerto? Dalla recente giurisprudenza costituzionale una risposta nebulosa

16

FELICE CARLO BESOSTRI - FRANCESCO VALERIO DELLA CROCE - GIUSEPPE LIBUTTI

Roma Capitale: uno status giuridico di equilibrio tra “capitalità” e “metropolitanità”

42

VINCENZO SCIARABBA

Riflessioni di inizio anno tra tutela della salute, organizzazione e funzionamento della giustizia e garanzia dei diritti e principi fondamentali (a partire da una questione pregiudiziale sollevata, in parallelo a una questione di costituzionalità, da un Giudice di pace italiano)

53

PATRIZIA MAGARÒ

L'elezione del 46° Presidente degli Stati Uniti: luci e ombre di un “momentous event” nella storia della democrazia americana

94

GIAMPIERO BUONOMO

L'ordinanza di rimessione e la parte: il Golem e la marionetta

115

ANTONIO RUGGERI

Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica

124

LIBORIA LINDA ARDIZZONE

Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni

150

FRANCESCO GABRIELE Italicum: in viaggio verso Itaca, sognando la California (una prima lettura critica della legge n. 52/2015)	163
GIUSEPPE NAGLIERI Un nuovo modello decisionario per un nuovo equilibrio tra poteri? <i>Unvereinbarerklärung</i> e <i>Anwendungssperre</i> nel diritto processuale costituzionale italiano (brevi note, comparate, a margine di Corte cost. ord. 132/2020)!	175
ENRICO ALBANESI Abbiam fatto quindici, possiam fare anche sedici... Sull'approvazione della legge di autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 15 alla CEDU da parte dell'Italia (e sulle prospettive del Protocollo n. 16)	186
ANTONIO RUGGERI Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)	192
ROBERTO TONIATTI La rilevanza della Corte costituzionale italiana in prospettiva comparata	205
ANTONIO RUGGERI La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)	221
NOEMI MINISCALCO Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge (note a margine di Corte costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021)	223
ENRICO ALBANESI Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?	232
ANTONIO RUGGERI Le trasformazioni istituzionali nel tempo dell'emergenza	238
GIACOMO MENEGATTO Ancora sul semestre bianco e sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica, a 130 anni dalla nascita di Antonio Segni	258
LARA TRUCCO Diritti politici fondamentali: la Corte spinge per ampliare ulteriormente la tutela (a margine della sent. n. 48 del 2021)	283
ROBERTO PINARDI Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)	288

ANTONIO IGNAZIO ARENA Questioni procedurali sull'approvazione delle leggi di cui all'art. 116, comma 3, Cost.	295
RICCARDO GUASTINI – ALESSIO SARDO <i>Bostock</i>: un caso di discriminazione sul lavoro	589
MASSIMILIANO MEZZANOTTE Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali	612
CARMELA SALAZAR Lo "statuto costituzionale dello straniero" e il diritto d'asilo	622
ANDREA MATTEONI Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza	348
ALESSANDRO LAURO Note critiche sulla crisi del Governo Conte II e la formazione del Governo Draghi	379
PIERDOMENICO LOGROSCINO Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia	406
GIOVANNA RAZZANO Tecnologia <i>Blockchain</i> per la banca dati per le DAT? Osservazioni alla luce del diritto alla protezione (e controllo) dei dati personali e del principio del buon andamento	423
ACOPO FERRACUTI La gestione dell'emergenza Covid-19 alla prova del conflitto interorganico. Prime note sulle ordinanze di inammissibilità nn. 66 e 67 del 2021	439
ANDREA MORRONE Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo	463
VINCENZO SCIARABBA "Neighbourhood Watch" o "Neighbourhood Support"? La dichiarazione d'incostituzionalità della legge veneta sul controllo di vicinato e le strade percorribili in futuro	468
GIAMPIERO BUONOMO Consultazioni di ex Presidenti delle Camere: un tentativo impudico	504
OMAR CARAMASCHI La sicurezza della Repubblica alla prova delle regole legislative e della prassi parlamentare: il caso del COPASIR	507

ANTONIO RUGGERI Il gioco a Carte delle Corti	516
ALBERTO MARCHESELLI Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria (spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021)	530
LUIGI SANTORO L'attribuzione del cognome ai figli: dalla discrezionalità del legislatore... alla discrezionalità dei genitori (considerazioni controcorrente a partire dalla ord. n. 18/2021 della Corte costituzionale)	543
ANTONIO D'ATENA Una modesta proposta di revisione statutaria: la disciplina umbra e marchigiana della "vacatio legis" (a proposito di manutenzione della Costituzione)	561
SIMONE SCAGLIARINI La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica	564
FEDERICO GIRELLI La disabilità e il corpo nella dimensione costituzionale	608
FRANCESCO TORRE Data retention: una ventata di "ragionevolezza" da Lussemburgo (a margine della sentenza della Corte di giustizia 2 marzo 2021, C-746/18)	615
ALESSANDRA MAZZOLA Il diritto alla salute tra dimensione individuale e dovere sociale	629
MARINA ROMA La Consulta sulla c.d. proroga tecnica per gli operatori del gioco lecito nella Legge di Bilancio 2018. Lo scrutinio "a maglie larghe" della Corte nella sentenza 49/2021, tra esigenze di finanza pubblica e libertà di iniziativa economica privata	649
GIOVANNI TARLI BARBIERI La necessaria ed auspicabile riforma della disciplina del contenzioso elettorale preparatorio riferito alle elezioni politiche a seguito della sent. 48/2021 della Corte costituzionale	658
LORENZO SPADACINI I diversi bilanciamenti tra principio democratico, libertà di voto e diritto alla salute nei rinvii delle scadenze elettorali a causa della situazione pandemica	673
GIANLUCA CONTI I diversi bilanciamenti tra principio democratico, libertà di voto e diritto alla salute nei rinvii delle scadenze elettorali a causa della situazione pandemica	707

ANTONIO RUGGERI Il “dialogo” tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente <i>bonne à tout faire</i>	723
GIUSEPPE MOBILIO I sistemi di identificazione biometrica a distanza: un esempio paradigmatico delle sfide lanciate dalla tecnologia al diritto costituzionale	738
VITALBA AZZOLINI – ALESSANDRO MORELLI Romanzo emergenziale. Notazioni sulla disciplina in materia di Covid	749
MICHELA MICHETTI Diritto al silenzio e insider trading: il confronto tra Roma e Lussemburgo prosegue sulla via del dialogo (Corte costituzionale, sentenza n. 84/2021)	758
SILVIA FILIPPI Sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti: riflessioni a partire da Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84	767
ILARIA DE CESARE Constitutional Degradation and the Italian Parliament. How can the centrality of the representative body in the Italian legal system be preserved?	781
BERTRAND FAURE <i>Les droits des femmes dans les constitutions françaises</i>	789
GIUSEPPE VERDE L’emergere dell’autonomia normativa del CSM (notazioni a margine del dibattito sulla riforma dell’ordinamento giudiziario)	796
ANTONINO AMATO Amici ... a metà. Primo bilancio dell’“ingresso” degli <i>Amici curiae</i> nel giudizio di costituzionalità	805
AGATINO CARIOLA L’elettorato passivo può essere trasformato in interesse legittimo? Brevi osservazioni a margine di Corte costituzionale 11 marzo 2021, n. 35	813
GIANLUIGI GATTA Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della ‘legge Cartabia’	818
ANTONIO SAITTA Il codice della protezione civile e l’emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021	841
JOHN DIAMOND Brexit, Devolution and the constitutional implications for the UK: Prospects for change	849

FRANCESCO TORRE La prima volta non si scorda mai: le sentenze “additive di prestazione” approdano a Lussemburgo (a margine della decisione della Corte di Giustizia nel caso <i>Cresco Investigation</i>)	852
ANTONIO RUGGERI Per un aggiornamento grafico della bandiera che rispecchi fedelmente l’identità costituzionale della Repubblica e l’appartenenza di quest’ultima all’Unione europea	864
GIOVANNI BOTTO Valutazione ambientale strategica e pianificazione urbanistica: tra principio di precauzione e anti-formalismo	873
ANDREA BONOMI Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce <i>un unicum</i>	891
CARMELA SALAZAR Judex ex machina? Note su giustizia, giudici e intelligenza artificiale	918
ELEONORA RINALDI Il principio di sussidiarietà verticale alla prova dell’emergenza interna	929
CARLA DI MARTINO La semplificazione normativa nel PNRR: il coinvolgimento dei legislatori regionali tra «progetti bandiera» e «poteri sostitutivi»	946
LUCIANO CIAFFARDINI Sul compenso da riconoscere ai magistrati onorari di lungo corso: aspettando Godot	959
GIOVANNA RAZZANO Le incognite del referendum c.d. «sull’eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico	973
IRENE GOIA Una giustificabile “invasione” di campo	984
CRISTINA DE LUCA La Corte costituzionale torna sulle “rime possibili”: un’insolita pronuncia di mero accoglimento per caducare una sanzione amministrativa fissa (osservazioni a margine della sent. n. 185 del 2021)	1011
GIUSEPPE DONATO Un vecchio problema per (una) Forza Nuova: lo scioglimento delle organizzazioni neofasciste tra giudici e governo	1021

MARIA CHIARA ERRIGO 1035
The most dangerous branch? La Corte Suprema e il Texas Heartbeat Act

MATTEO CALDIRONI 1047
La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile

PARTE SECONDA
LIBRI, RECENSIONI E PREFAZIONI

ALESSANDRO MORELLI 1069
Il virus populista: riflessioni su riduzionismo ed antipluralismo nella politica contemporanea a partire dal volume: "Populismi e rappresentanza democratica" di Alberto Lucarelli, Editoriale Scientifica, Napoli 2020

ABSTRACT 1073

EDITORIALI 

CRONACHE DALLA CORTE COSTITUZIONALE 

CRONACHE DALLE ISTITUZIONI 

CRONACHE DALL'UNIONE EUROPEA 

Note di presentazione

Si trova qui la compilazione completa degli [articoli pubblicati sulla Rivista nel 2021](#), caratterizzata, come sempre, per varietà di contributi e articolazione di interventi.

I temi privilegiano, però, com'è nella vocazione di Consulta OnLine, soprattutto la tutela dei diritti e gli interventi delle Corti apicali. Una novità è stata, peraltro, costituita dall'avvio dei [fascicoli speciali](#) che arricchiscono la già presente [Collana di monografie](#).

Il definitivo passaggio in fascia A, mentre premia l'impegno scientifico pluriennale della Rivista, incentiva ed obbliga a proseguire sulla strada intrapresa a vantaggio, come si è soliti dire, del superiore interesse degli studi.

Ovviamente, siamo lieti di rinnovare il ringraziamento alle migliaia di lettrici e di lettori che seguono sulla Rete (dal [Web](#), da [Facebook](#) e da [Twitter](#)) Consulta OnLine, ma desideriamo, questa volta, dedicare un pensiero grato anche ai cd. referee, ossia alle Colleghe e ai Colleghi che, da vari ambienti accademici e di ricerca, si assumono l'onere, talvolta non propriamente lieve, di accreditare (o meno) il valore scientifico dei contributi ricevuti, prodigandosi in una vera e propria funzione maieutica a vantaggio particolarmente degli studiosi più giovani, la cui presenza caratterizza costantemente la Rivista.

Non è venuto meno, anche nel 2021, l'impegno della Rivista, attraverso un linking selettivo, mirato e costante, di rendere accessibili anche altri documenti presenti in internet al fine di dare al possibile contezza del complesso e complessivo dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

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

PARTE PRIMA

STUDI

Giusi Sorrenti

**CDFUE e rapporti *inter privatos* ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi»?
(ancora sulla doppia pregiudizialità...passando per *Saint Exupery*)* ****

ABSTRACT: *The article offers a careful reconstruction of the Italian constitutional case-law about the direct application of the EU law, supporting the idea that Constitutional Court's sent. No. 269/2017 does not overturn the solution adopted in the famous sent. Granital, because the latter derived from juridical premises which cannot be found in the EU Charter of Fundamental Rights. The A. further claims that the "condicio sine qua non" for the derogation to the "centralized model" of judicial review of legislation and the preference for direct application of an EU rule (eventually after a preliminary referral to the Court of Justice) is – at least in every litigation between private parties – the horizontal effect of such a rule: on the contrary, if this lacks, the judge does not have a rule that would substitute the national law in the decision of the pending lawsuit. In this hypothesis, the alternative between reverting the issue to the Constitutional Court or preliminary referring to the EU Court does not even arise, the first solution being the only correct one.*

SOMMARIO: 1. *Premessa*: i punti fermi (o quasi) e l'esigenza di un itinerario di ricerca a ritroso. - 2. *La tesi centrale*: la condizione preliminare dell'"effetto diretto", ai fini della diretta applicazione delle fonti dell'UE nell'ordinamento nazionale. - 2.1. ... e la necessità, fino a questo momento trascurata, che si tratti, almeno nelle *controversie tra parti private*, di "effetto diretto" di tipo "orizzontale". - 3. *La sua verifica*: la riferibilità del carattere orizzontale dell'effetto diretto (*Drittwirkung*) alle disposizioni della CDFUE. - 3.1. ... e il serio ostacolo della natura *introversa* e dell'elasticità della Carta. - 4. *Note di contorno*: il recente *restatement* della [sentenza Simmenthal](#) e le pronunce [Melki](#) e [A c. B.](#) - 5. Alcune recenti interpretazioni della [sent. Melloni](#) e le conseguenze da essa ricavate. - 6. *La posta in gioco*: "applicazione diretta" della CDFUE in giudizio o implementazione dei diritti fondamentali di matrice giurisprudenziale, elaborati a Lussemburgo?

1. *Premessa: i punti fermi (o quasi) e l'esigenza di un itinerario di ricerca a ritroso*

L'affiorare del costituzionalismo globale multilivello, come lo si suole chiamare, continua a suscitare, nella dimensione più vicina dell'Europa unita, un acceso dibattito. Il fervore della discussione non sorprende, dato che il fenomeno mette in tensione alcune categorie consolidate, con l'operare tipico dei processi generativi di una «rete» di vincoli e rapporti – per usare la metafora di Ost¹ – di natura tendenzialmente orizzontale. Nell'emergente struttura reticolare, si propongono come nuovo criterio orientativo, per risolvere le antinomie tra i vari ordinamenti giuridici (altrimenti irrisolvibili, continuando ad immaginare gli ordinamenti alla stregua di entità autoritative e sovrane), i principi fondamentali del sistema, chiamati ad assolvere al ruolo di terreno unificante tra le varie componenti dell'intelaiatura.

La definizione delle dinamiche che assicurano la prevalenza dei principi richiede uno sforzo concettuale inedito, come testimonia da ultima la vicenda relativa alla c.d. "doppia pregiudizialità": la «*fictio*», insita nel concepire l'ordinamento europeo e quello nazionale quali «ordinamenti coordinati e comunicanti» e che era valsa ad aggirare – nel c.d. modello [Granital](#) – il «contrasto tra concezione monista e dualista», mostra infatti adesso il freno, suggerendo di sperimentare percorsi e categorie «meno tradizionali»².

* Contributo sottoposto a referaggio.

** *Lo scritto rielabora la tesi sostenuta dall'A. nel corso del Seminario: Doppia pregiudizialità: svolta reale o apparente? organizzato in modalità remota dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina il 23 novembre 2020.*

¹ F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?* in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino 2009, 32 e F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre e désordre*, Presses Universitaires de France, Paris 1988, 105 ss.

² G. SILVESTRI, *L'integrazione tra l'ordinamento italiano e quello europeo*, in *Nuova Antologia*, genn.-mar. 2020, vol. 624, fasc. 2293, 91.

In tale contesto, a distanza di tre anni dalla [sent. n. 269/2017](#)³, preme soffermarsi su alcuni interrogativi che non possono dirsi ancora del tutto sopiti⁴, pur nella vasta attenzione dedicata al tema dalla dottrina. In sede di riflessione scientifica, salutandosi la pronuncia costituzionale come un'inversione dell'ordine di priorità valevole per le ipotesi di "doppia pregiudizialità"⁵, se ne è prevalentemente sottolineata la portata dirompente rispetto all'*acquis* consolidato in tema di rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento sovranazionale.

2. La tesi centrale: *la condizione preliminare dell'“effetto diretto”, ai fini della diretta applicazione delle fonti dell'UE nell'ordinamento nazionale*

La questione centrale consiste nell'indagare in che misura la [pronuncia del 2017](#) costituisca una rivisitazione della [sentenza Granital](#) che, nel consentire al giudice comune di non applicare la legge nazionale contrastante con un regolamento comunitario, per fare spazio a quest'ultimo nella definizione del giudizio pendente, costituisce l'asse portante su cui sono ormai eretti tali rapporti.

Per chiarire questo profilo sarebbe necessario conoscere con sufficiente precisione quali sono le basi teoriche su cui la celebre decisione poggia, per verificare poi se esse siano riscontrabili nella situazione odierna, a beneficio delle distinte tipologie normative cui il filone inaugurato con la [sent. n. 269](#) si rivolge.

Proviamo pertanto a compiere una simile operazione, atta a far riemergere tali basi, sia pure attraverso un ragionamento al massimo scarnificato: ciò al fine di evitare di addentrarci nelle

³ In questo lasso di tempo, si è instaurata una fitta interazione con gli organi della giurisdizione comune, che ha dato vita ad una gamma di reazioni alla pronuncia costituzionale alquanto varia e diversificata: com'è noto, Cass., sez. lav., sent. n. 13678 del 2018 ha preferito il rinvio pregiudiziale; Cass., sez. lav., 17 mag. 2018, n. 12108, sez. V civ., 30 ott. 2018, n. 27564 e Sez. V pen., 10 ott. 2018, n. 45829, optano senz'altro per l'applicazione diretta, in considerazione dell'avvenuta introiezione dei principi costituzionali nell'ordinamento europeo; Cass., II sez. civ., sent. n. 3831/2018, dà, viceversa, puntualmente seguito alla sollecitazione rivolta dal garante della Costituzione con la [sent. n. 269/2017](#); infine, la Corte d'Appello di Napoli, attiva simultaneamente e parallelamente le due giurisdizioni, quella sovranazionale (che dichiara irricevibili le pregiudiziali: [CG, 4 giu. 2020, causa TJ c. Balga s.r.l., C-32/20](#)) e quella costituzionale (quest'ultima, adita con ord. 18 sett. 2019, si pronuncia con [sent. 254/2020](#)).

⁴ In primo luogo, dopo le pronunce [n. 20](#) e [n. 63 del 2019](#), risulta appurato che il rinvio pregiudiziale da parte dei giudici comuni alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, fatto espressamente salvo dalla Corte costituzionale, si possa estendere anche a quegli stessi profili già oggetto del sindacato del garante della Costituzione: v., in merito, G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di Giustizia?*, in [Questione Giustizia](#), 4 mar. 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta “opportuna” della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 10/2019; G. SCACCIA, *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Processo*, n. 3/2018 (del quale v. anche ID., *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 25 gen. 2018) e A. RUGGERI, [La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro \(a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019\)](#), in questa [Rivista](#), 2019/I, 113 ss.

Chiaro appare pure il significato della sostituzione, rinvenibile nelle stesse pronunce del 2019, dell'espressione secondo cui il giudice “deve”, con l'altra per cui lo stesso “può” rivolgersi all'organo costituzionale di controllo, che sembrerebbe convertire il dovere di dare la precedenza alla proposizione della questione di legittimità costituzionale con una mera facoltà: cfr. la [sent. n. 63 del 2019](#), 4.3 del *Cons. in dir.*, dove la Corte precisa che il giudice *a quo* resta libero di “procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE (...) e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta”. Così intesa, la novità consentirebbe agli organi giurisdizionali di continuare ad adire prioritariamente la Corte di giustizia, aprendo però la difficile questione di stabilire in quali ipotesi il giudice debba (*recte*: possa) attivarsi come giudice *a quo* dinanzi al garante della supremazia costituzionale ed in quali, viceversa, debba (*recte*: possa) promuovere il rinvio pregiudiziale d'interpretazione *ex art.* 267 TFUE.

Sulle tesi avanzate per prospettare un criterio orientativo che guidi i giudici comuni nel dirimere la difficile alternativa si tornerà però più avanti (v. *infra*, par. 5).

⁵ V. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di “doppia pregiudizialità”, comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, p. V, c. 222 ss.

complesse implicazioni teoriche connesse ai rapporti tra i due ordinamenti – legate anche inevitabilmente alla loro natura giuridica – temporaneamente accantonate grazie al ricorso alla *fictio* richiamata.

La rilevante deroga apportata da [Granital](#) al modello accentrato di giustizia costituzionale⁶ – nonostante questo connoti, come con vigore si rimarca di recente, l'«identità costituzionale» di molti Stati⁷ – rispondeva all'esigenza di rispettare il carattere del regolamento comunitario quale fonte immediatamente applicabile, *insuscettibile di essere condizionata per la sua produzione di effetti all'adozione di qualsiasi atto* tipico degli organi investiti di pubblici poteri nell'ordinamento interno, foss'anche una sentenza della Corte costituzionale, finalizzata a rimuovere una legge difforme. L'immediata applicabilità (oggi desumibile dall'art. 288, par. 2, TFUE) della fonte esterna rappresentava la pietra miliare su cui veniva eretto lo schema d'azione dei giudici comuni delineato dalla [sent. n. 170/1984](#).

Il requisito tipico dei regolamenti, secondo le norme sulla produzione contenute nei trattati istitutivi, è invece assente nelle direttive: queste ultime, di conseguenza, non venivano ammesse a godere del meccanismo della non applicazione in giudizio della legge contraria, ma potevano in linea di massima valere come parametro di legittimità costituzionale delle fonti nazionali di grado primario⁸.

Il diverso regime instaurato appare congeniale alla distinta funzione cui le due tipologie di fonti derivate assolvono nell'ordinamento di provenienza: quella regolamentare a porre una disciplina dettagliata ed assolutamente omogenea in settori nei quali si richiede integrale uniformità di trattamento su tutto il territorio dell'Unione, la direttiva a dettare solo vincoli di scopo, che ammettono la disomogeneità delle vie prescelte per ottemperarvi da Stato a Stato (ragione questa per cui, tra l'altro, la direttiva, al contrario del regolamento, può rivolgersi anche ad un singolo Stato membro). L'applicazione “a macchia di leopardo” tra le varie Parti contraenti⁹ avrebbe tradito insomma, dinanzi alla prima ipotesi, la stessa esigenza di regolamentazione sottesa alla fonte prescelta (esigenza del tutto assente nel secondo caso, se non per il perseguimento del risultato finale da raggiungere).

Non è ancora tuttavia l'immediata applicabilità il presupposto teorico che vale a sottrarre la fonte di diritto derivato all'esclusiva valenza parametrica nei giudizi sulle leggi e dunque a fondare il primato diretto del diritto comunitario sul diritto interno. Tali corollari vengono infatti ben presto estesi anche a beneficio delle norme *self-executing*, eventualmente contenute nelle direttive.

Pur difettando della prerogativa dell'applicabilità *omisso medio*, che è una qualità della fonte¹⁰, e necessitando dell'*interpositio legislatoris*, si riconobbe che singole norme delle direttive, se di contenuto “chiaro, preciso e incondizionato”, potessero spiegare “effetti diretti” negli ordinamenti degli Stati membri. Questa capacità non costituisce un predicato del tipo di fonte, ma può rinvenirsi in capo a specifiche norme, cui dunque viene connesso lo stesso meccanismo operativo della

⁶ Oltre che al principio del *numerus clausus* delle fonti primarie, riconducibile agli artt. 70, 76 e 77 Cost.

In merito, v. G. SILVESTRI, il quale nega tra l'altro che tale principio possa ritenersi ormai superato ed inservibile perché «incompatibile con il pluralismo delle fonti e con il superamento della “sovrantà” della legge»: esso infatti svolgerebbe ancora un'essenziale funzione di garanzia della rigidità costituzionale (*Costituzione e fonti primarie*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2018, 4).

⁷ 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 ott. 2020, 7.

⁸ Riespandendosi per esse il modello accentrato di sindacato delle leggi: v. A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Giappichelli, Torino 1999, 176 s., che rileva precisamente come «il meccanismo della disapplicazione (del diritto interno)-applicazione (del diritto comunitario) presuppone, per la sua messa in atto, l'astratta applicabilità del diritto comunitario. Ove questa non si abbia, in ragione della *struttura nomologica* della fonte comunitaria, ancora una volta, non rimane che l'appello al giudice costituzionale».

⁹ Rifiutata dalla Corte di giustizia già nella [sentenza Costa c. Enel del 1964 \(C-6/64\)](#), affermando che «se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno Stato all'altro [...] ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del Trattato».

¹⁰ Come ricorda di recente E. CANNIZZARO, in M. Distefano (a cura di), *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 12; cui *adde* U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Cacucci Ed., Bari 2017, 266 s.

prevalenza immediata in giudizio sulla legge nazionale difforme. Peraltro, l'effetto diretto – categoria pretoria messa a punto dai giudici di Lussemburgo a partire dalla [sentenza Van Gend & Loos](#) e puntualizzata in [Ratti](#) – può essere riscontrato, oltre che in norme tassative delle direttive rimaste ineseguite (o attuate in modo insoddisfacente), anche in specifiche disposizioni dei trattati¹¹.

È perciò la natura autoapplicativa di una norma che comincia a profilarsi quale requisito atto a determinarne la diretta applicabilità in giudizio con prevalenza immediata sulla legge: ricostruzione pienamente coerente, se si pensa che tale prevalenza può spiegarsi solo a beneficio di un precetto che sia di per sé idoneo a prendere il posto del precetto legislativo statale, ponendosi come essenziale *regula iuris* cui attenersi per la definizione della controversia giurisdizionale pendente. In altri termini – come espressione della tendenza alla massima espansione dell'effetto del diritto dell'UE e del minor rilievo delle forme rispetto alla sostanza, tipico della materia delle fonti di quell'ordinamento – possono avvalersi di tale incisiva tecnica d'ingresso le norme contenute in una fonte incondizionata, o quelle che, pur non essendo formalmente tali, sono sostanzialmente capaci di porsi quali regole dettagliate di certe fattispecie, senza bisogno di alcun apposito svolgimento da parte di ciascun singolo Stato.

D'altro canto, com'è stato da ultimo pragmaticamente sottolineato, se la categoria dell'immediata applicabilità (come non necessarietà in astratto dell'intervento legislativo) e quella dell'effetto diretto sono – sebbene non coincidenti, quantomeno – interdipendenti sul piano teorico, sul diverso piano pratico-operativo, terreno d'elezione del giudice comune, essi finiscono di fatto per essere indistinguibili¹².

Poste queste basi, il ragionamento non può non essere percorso fino in fondo, conducendolo alle sue estreme conseguenze. È condivisibile, infatti, l'assunto per cui «affermare o accettare *de facto* che esiste l'obbligo di disapplicare *a prescindere* dall'effetto diretto rischia di sovvertire principi cardine del diritto UE, quali quelli d'attribuzione e di sussidiarietà, con la conseguenza di fornire una delega in bianco alle istituzioni UE suscettibile di mettere in discussione indebitamente la *ratio* insita nei rapporti tra ordinamento UE e ordinamenti degli Stati membri»¹³.

2.1. ... e la necessità, fino a questo momento trascurata, che si tratti, almeno nelle controversie tra parti private, di “effetto diretto” di tipo “orizzontale”

L'idoneità della norma sovranazionale all'applicazione diretta deve inevitabilmente misurarsi con la tipologia di rapporto giuridico interno da regolare. Dinanzi a controversie tra consociati, perché si possa predicare l'efficacia diretta della norma esterna si deve trattare di una disposizione atta a porsi quale regola dei rapporti interprivati.

Questa condizione preliminare è rimasta presumibilmente non esplicitata – e dunque «invisibile agli occhi» pur essendo «essenziale», come recita una delle più note frasi del celeberrimo romanzo di *Saint Exupéry (Le petit prince)* – nelle ricostruzioni teorico-dogmatiche proposte in materia, perché *connaturata intrinsecamente* alla tipologia dei regolamenti (idonei a vincolare direttamente i cittadini degli Stati membri), ma pare indispensabile affinché si possa verificare la sostituzione del diritto europeo al diritto interno in sede giurisdizionale.

Non così per le norme delle direttive, pur se *self-executing*, per le quali occorrerebbe viceversa precisare che si può predicare l'effetto diretto *solo* quando la disciplina è volta ad operare in rapporti *verticali*, che si instaurano tra consociati e pubbliche autorità, *non* anche quando debba essere applicata a rapporti di tipo *orizzontale*, intercorrenti tra i singoli consociati. In questa ipotesi, all'efficacia verso i terzi osta la natura stessa della fonte, che notoriamente si indirizza allo Stato e

¹¹ V. M.E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quad. cost.*, 3/2020, 636 s.

¹² D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione*, oggi, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2019, cit., 4 s.

¹³ *Ibidem*, 28 s. (c.vo non testuale).

soltanto questo vincola al raggiungimento dell'obiettivo indicato. La produzione di effetti giuridici tra i cittadini del Paese membro può discendere semmai dalla eventuale legge nazionale di attuazione della direttiva (legge comunitaria prima, legge europea o di delegazione europea, oggi), che provvede alla scelta dei mezzi e delle modalità con cui perseguire il fine imposto dall'Unione. Essa è in altri termini subordinata alla soddisfacente e puntuale esecuzione statale della direttiva.

A riprova dell'esistenza di questo intrinseco (e insuperabile, tranne che in una limitata ipotesi su cui ci si soffermerà più avanti) limite strutturale, si può addurre la [pronuncia resa dalla Corte di giustizia nel caso Dominguez](#), laddove si afferma che, se una direttiva conferisce diritti, ma per un verso la legge interna esistente non può essere intesa in senso conforme ad essi, e per l'altro non è possibile sostenere l'effetto diretto della fonte sovranazionale – *per la natura privata delle parti* – l'unico vantaggio che si potrà produrre nella sfera giuridica del singolo consisterà nella sua facoltà di rivolgersi alla giurisdizione nazionale per ottenere il risarcimento del danno¹⁴, ricorrendo i presupposti stabiliti nel noto precedente [Francovich](#).

E vengo al (primo) punto.

Ad avviso di chi scrive, è proprio di questo *effetto diretto orizzontale* quello di cui bisogna disporre se si vuol predicare il primato immediato di una norma comunitaria sulla legge, almeno *in tutte le circostanze in cui ci si trovi dinanzi a giudizi vertenti su controversie tra privati*.

In queste ipotesi, perché si possa realizzare l'effetto della disapplicazione (*recte*: non applicazione) della legge nazionale, ideato dalla [sentenza Granital](#) per aderire alle esigenze giuridiche rivendicate dai giudici lussemburghesi nel [caso Simmenthal](#), bisogna che il giudice interno possa disporre di una norma atta a dirimere la lite *inter privatos*, prendendo il posto della puntuale *regula iuris* statale. Di questa attitudine appare sempre priva, ad esempio, la direttiva nelle controversie civili, mentre potrebbe esserne dotata in ipotesi nelle controversie penali o amministrative, potendosi avvalere in tali circostanze dell'effetto di vincolo generato nei confronti della pubblica autorità statale.

Sembra attenersi correttamente all'insieme di condizioni che vengono a delinearsi la Corte di Cassazione, nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale che costituisce il primo coerente seguito della indicazione del giudice delle leggi (la materia concerne, com'è noto, le sanzioni inflitte per tardive dichiarazioni ed omessa collaborazione alla Consob da parte del soggetto responsabile di *insider trading*)¹⁵. I giudici di legittimità reputano in tale occasione dotato di effetto diretto il principio *nemo tenetur se detegere* come aspetto del diritto a godere di una tutela giurisdizionale effettiva, sancito nell'art. 47 CDFUE, che per sua natura si rivolge all'autorità statale all'atto di perseguire condotte previste come illecite¹⁶.

Lo sforzo di distillare la "causa prima" dell'applicabilità diretta in luogo della proposizione del sindacato di costituzionalità sembra giunto al termine, all'atto di rinvenire detto fattore nell'effetto diretto che, almeno nelle controversie *inter privatos*, deve essere declinabile anche in senso orizzontale.

¹⁴ Nello stesso senso dell'effetto diretto *solo* verticale, v. anche i casi [Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-24/17](#) e [Martin Leitner, C-396/17](#).

¹⁵ Cass., II sez. civ., sent. n. 3831/2018. Su di essa – e sulla [sent. n. 117/2019 della Corte costituzionale](#) che ne è conseguita – v. A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" della "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in [Osservatorio costituzionale](#); G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di Giustizia*, in [Dirittifondamentali.it](#); A. RUGGERI, [Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali \(a margine di Corte cost. n. 117/2019\)](#), in questa [Rivista, 2019/II](#), 13 maggio 2019, 242 ss.; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato della Corte costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#).

¹⁶ A rigore, pure questo assunto non va esente da critiche: sembra infatti confondersi il diritto immediatamente azionabile di rivolgersi ad un giudice dalle condizioni sistemiche necessarie perché l'accesso alla giurisdizione sia effettivo, che non può che dipendere da un insieme di interventi di tipo normativo ed organizzativo.

Dallo stesso art. 47 difficilmente potrebbero discendere invece *horizontal direct effects*, come invece parrebbe presupporre l'organo giurisdizionale europeo nel caso *Egenberger*: v. E.M. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro*, cit., 643.

Quanto detto induce a considerare con grande attenzione la conclusione cui si perviene a proposito della sorte delle norme *self-executing* delle direttive attuative di diritti fondamentali sanciti nella CDFUE. La loro attrazione nel raggio d'azione dello schema del sindacato di costituzionalità, in qualità di parametro, non costituisce *tout court* un arretramento rispetto al tradizionale *status* di norme potenzialmente auto-applicative ad esse tributate¹⁷: bisogna infatti considerare se tale regime non sia impedito da un più rigoroso vaglio sulla sussistenza dei requisiti – carattere imperativo e incondizionato – per l'attribuzione di effetto diretto verticale o, secondo l'obiezione qui rilevata, dal fatto che il giudizio pendente davanti al giudice comune attenga alla risoluzione di una controversia tra privati.

In tale ultimo caso, data la mancanza di efficacia orizzontale, la direttiva *comunque* non potrebbe sostituirsi alla disciplina nazionale valevole per i rapporti *inter privatos* e non è certo la riconducibilità della disposizione *de qua* alla sfera assiologico-semantiche dei diritti fondamentali (e quindi al “modello [269](#)”) a privarla di uno statuto operativo, che a monte non le spetta.

3. La sua verifica: *la riferibilità del carattere orizzontale dell'effetto diretto (Drittwirkung) alle disposizioni della CDFUE*

Ci siamo soffermati a lungo sulle direttive, in quanto l'argomentare seguito per le norme delle direttive vale in questo contesto anche a proposito di quelle della Carta.

Come è noto, questa è una fonte composita non dotata di per sé di immediata applicabilità, dato che per espressa ammissione degli autori delle *Spiegazioni* non manca di contenere “principi” e dato anche il frequentissimo ricorso testuale alla tecnica del rinvio alla legge (intesa, in senso atecnico, quale normativa degli Stati o dell'Unione) in essa disposto.

Pur dinanzi a disposizioni sancite (non meri “principi” richiedenti l'*interpositio legislatoris*, ma) “diritti” nella terminologia delle *Spiegazioni*, cioè situazioni giuridiche immediatamente azionabili in giudizio o secondo il gergo anglosassone dotate di *justiciability*, ciò non significa che tali disposizioni non possano essere fraseggiate come principi, stavolta nel diverso senso comune di “norme senza fattispecie”.

Ancor meno la circostanza che si tratti di “diritti” basta perché esse possano essere suscettibili di produrre effetti diretti orizzontali nell'ordinamento nazionale. Se in teoria è vero che «*fundamental rights have always pervaded the entire legal order*»¹⁸ – come riecheggia la nozione di *Drittwirkung* elaborata dalla dottrina tedesca –, in pratica è la stessa giurisprudenza europea a muoversi con grande cautela a questo riguardo, mostrando un approccio altamente selettivo¹⁹.

A partire da [AMS](#)²⁰, che esclude espressamente *tout court* l'effetto diretto dell'art. 27 CDFUE (diritto all'informazione, rimesso all'attuazione nazionale o sovranazionale), appare chiaro che ad altre disposizioni della Carta (quale l'art. 21, sancite il divieto di discriminazione, espressamente richiamato come termine di paragone) tale qualità possa essere indubbiamente annessa. Se ne riceve conferma nella [pronuncia Egenberger](#) e, più avanti, in [Cresco Investigations](#), riguardo al divieto di discriminazione in base alla religione: discriminazione praticata, nel primo caso, da una Chiesa

¹⁷ Arretramento che invece crede di riscontrare in una delle pronunce del filone inaugurato dalla Corte costituzionale nel 2017 (la [sent. n. 44/2020](#)) R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in [European Papers](#), vol. V, 1/2020, fine par. III.

¹⁸ K. LENAERTS, *The Horizontal Application of the Charter*, in *Quad. Cost.* 3/2020, 635 e già K. LENAERTS - J.A. GUTIERREZ-FONS, *Les methods d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Lacier, Brussels 2020.

¹⁹ *Approccio talora duramente criticato: per D. GALLO, le competenze avocate dalla Corte costituzionale nelle sentt. n. 269 e successive (se non vanno intese quale espressione di un vero e proprio moto di «hybris») sarebbero un modo di approfittare dei vuoti lasciati dal «minimalismo argomentativo» e dall'ingiustificato «self-restraint della Corte di giustizia» (Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018, in Rivista AIC, 172019, risp. 183 e 184).*

²⁰ Con nota di N. LAZZERINI, *Causa C-176/12 Association de médiation sociale: la Corte di Giustizia rompe (... in parte) il silenzio sugli effetti orizzontali della Carta*, in [Diritti Comparati](#), 3 mar. 2014.

evangelica richiedente per un'assunzione di lavoro l'appartenenza alla corrispondente confessione e, nel secondo, dalla legislazione austriaca istituente la festività del venerdì santo solo per quattro confessioni. Analoga riprova si ricava dalle pronunce [Bauer e Broßonn](#) e [Max Planck](#), che ravvisano l'attitudine a produrre effetti diretti quanto ai rapporti interprivati nell'art. 31, par. 2, CDFUE, sancendo il diritto alle ferie retribuite²¹.

È vero, peraltro, che la capacità di produrre effetti diretti verso i terzi è stata ammessa a favore dei principi generali dell'ordinamento europeo²². Questo avviene tuttavia alla condizione che essi trovino espressione immediata in norme incondizionate di una direttiva. Tale estensione dell'istituto, che è stata decifrata come un *escamotage* per aggirare l'ostacolo del verso in senso solo verticale riconosciuto all'efficacia esplicata dalle direttive, conferma pur sempre che senza una progressiva concretizzazione normativa dei principi, il crisma della giuridica perfezione, richiesto ai fini dell'applicabilità immediata in giudizio, rimane in via generale precluso.

Se «(i)l corollario che deriva dall'attribuzione di un diritto individuale quale *core* dell'effetto diretto soggettivo è che la norma UE direttamente efficace si sostituisce, come *Alternativ-Normierung*, alla norma interna, nel disciplinare la fattispecie al vaglio del giudice nazionale»²³, ripercorrendo il ragionamento a ritroso si ricava che per la sostituzione-disapplicazione della legge nazionale non si può prescindere dall'incidenza immediata in una schiera di situazioni giuridiche soggettive. Né qui importa prendere posizione sulla tesi che distingue all'interno della nozione di effetto diretto, oltre all'accezione soggettiva-sostitutiva, come sopra delineata, un'accezione oggettivo-oppositiva²⁴, che prescinde dall'attribuzione di un diritto soggettivo ai singoli consociati, in quanto ai fini dell'alternativa tra disapplicazione giudiziale e investitura della Corte costituzionale, quella che importa è solo la prima.

E vengo subito al (secondo) punto.

Posto che i giudizi incidentali sulle leggi in cui entra in gioco il rispetto dei diritti fondamentali, sanciti sia in Costituzione che nella CDFUE, possono avere origine – anzi hanno origine frequentemente – *in controversie tra parti di natura privata*, in esse non si potrebbe prevenire l'instaurazione del giudizio costituzionale tramite la disapplicazione della legge di dubbia compatibilità con il dettato del *Bill of Rights* europeo, a piena garanzia del primato del diritto dell'Unione. Questa circostanza si può avere solo nelle ipotesi – limitate, come si è visto – in cui si rivendicano diritti della Carta dotati di *Drittwirkung*.

È un dato di cui tenere conto prima di invocare per le presunte violazioni della Carta di Nizza del 2000 lo stesso regime giuridico della violazione dei regolamenti. Né è da considerare scontato che

²¹ A commento delle decisioni v. N. LAZZERINI, (*Some of the Fundamental Rights Granted by the Charter may be a source of Obligations for Private Parties: AMS*, in *Common Market Law Review* 2014, 907 ss. e L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, in *Quad. cost.* 2018, 3, 708 ss.

²² V. CG, [sent. 22 nov. 2005, caso Mangold, causa C-144/04](#) e successivamente [sent. 19 gen. 2010, caso Küçükcüdeveci, causa C-555/07](#) e [Grande Sezione, sent. 19 apr. 2016, caso Dansk Industri, causa C-441/14](#).

In dottrina v. R. CALVANO, *Il caso "Mangold": la Corte di Giustizia afferma (senza dirlo) l'efficacia orizzontale di una direttiva comunitaria non scaduta?*, in [Rivista AIC](#), 10 apr. 2006; N. LAZZARINI, *Causa C-441/14 Dansk Industri (DI). La Grande sezione della Corte di giustizia conferma l'efficacia diretta orizzontale del principio generale di non discriminazione in base all'età - (2/2016)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2016 e ora G. VITALE, *Effetti diretti "orizzontali" dei principi generali del diritto dell'Unione Europea*, in M. DISTEFANO (a cura di), *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, cit., 45 ss.

²³ D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione*, cit., 12.

²⁴ Quest'ultima consentirebbe al cittadino di uno Stato membro di far «valere una norma UE non già per azionare un diritto ivi riconosciuto bensì per richiedere e ottenere un controllo di legittimità di una norma di diritto interno, di una misura amministrativa o di una sentenza (e la loro conseguente disapplicazione), allo scopo di beneficiare della modifica della situazione normativa conseguente alla produzione di effetti oppositivi determinata dall'applicazione del diritto UE»; D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione*, cit., 12.; cui *adde* ID., *L'efficacia diretta delle norme dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali: evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano 2018, *passim*.

l'ostacolo, come si è già detto, possa essere superato grazie allo sviluppo normativo assicurato da una direttiva (in quanto questa stessa è priva per sua natura di *horizontal effects*).

Individuata una cerchia di giudizi comuni per i quali alla disapplicazione della legge non può comunque avere luogo, per la mancanza di una norma europea atta a prenderne il posto della fonte interna, si pone il problema ulteriore di chiedersi se sia teoricamente sostenibile l'adozione di un criterio di adattamento differenziato – applicazione diretta o instaurazione del sindacato sulle leggi – a seconda del tipo di giudizio comune in cui la lesione dei diritti fondamentali di matrice europea sia invocabile: civile, penale o amministrativo.

Lo sconsiglia, a mio avviso, l'uniformità nella salvaguardia dei diritti fondamentali, che merita di essere tendenzialmente salvaguardata anche riguardo alle tecniche per la sua attivazione²⁵.

3.1. ... e il serio ostacolo della natura introversa e dell'elasticità della Carta

Al rifiuto di un'automatica e non ponderata trasposizione dei corollari della dottrina del primato del diritto dell'Unione a favore della CDFUE dovrebbero indurre, oltre alle considerazioni svolte fin qui, anche ulteriori riflessioni suscitate dall'avvento della Carta²⁶.

Se proviamo a tentare di rinvenire nel *Bill of Rights* europeo quelle condizioni preliminari dell'applicazione diretta, sopra estrapolate, a stento potremmo ravvisarne l'esistenza: la Carta non è fonte dotata della immediata applicabilità, avendo anzi spesso bisogno, per suo espresso riconoscimento, dello svolgimento da parte del legislatore dell'UE o di quelli nazionali; non tutte le sue norme sono provviste di effetto diretto per le loro caratteristiche sostanziali e, tra queste, un numero ancora più esiguo può dirsi in grado di vantare effetto diretto orizzontale, indispensabile perché esse siano operative nelle controversie giudiziarie instaurate tra parti private.

Se poi si estende lo sguardo dalla natura delle disposizioni al ruolo di cui il recente *Bill of Rights* europeo è stato investito, le divaricazioni che rendono difficilmente sostenibile il parallelo con i regolamenti (e le altre norme cui il relativo regime di adattamento è stato esteso) si accentuano ulteriormente. Innanzitutto, la funzione da essa svolta nell'ordinamento europeo presenta peculiarità significative negli aspetti che rilevano ai fini della costruzione dello "schema [Granital](#)". Già la considerazione della *ratio* della previsione della garanzia dei diritti fondamentali in seno all'ordinamento sovranazionale ne evidenzia l'introduzione quale *limite per le fonti comunitarie*, e dunque quale espressione passiva e *introversa* (verso l'Unione) dell'avanzamento dell'integrazione comunitaria e non viceversa espansiva ed *estroversa* (verso gli Stati-membri)²⁷.

In secondo luogo, lungi dal pretendere di imporre agli ordinamenti statali un'assoluta uniformità di disciplina nelle materie da essa toccate, la CDFUE esplicitamente ammette che la tutela dei diritti fondamentali si pone quale espressiva di un equilibrio tra l'unità e le diversità consentite nei diversi Paesi, conformemente alla loro cultura ed identità nazionali: il Preambolo, infatti, dopo aver richiamato i valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, afferma che l'UE «contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori comuni

²⁵ Questo vale *a fortiori* se si pensa che la via della non applicazione non è di fatto mai praticata, anche in presenza di una pronuncia della Corte di giustizia, dalla pubblica amministrazione, in mancanza di una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale: v. M. CARTABIA - E. LAMARQUE, *La giustizia costituzionale europea cento anni dopo (1920-2020)*, in *Quad. cost.*, n. 4/2020, 807 ss.

²⁶ Lo argomenta diffusamente A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

²⁷ Secondo M. CARTABIA, l'alto grado di penetrazione raggiunto in virtù della dottrina del primato dalle fonti UE e l'estensione delle materie di loro competenza ha reso non più tollerabile l'assenza di un sindacato a monte, che assicurasse la compatibilità di quelle stesse fonti con i diritti fondamentali proclamati da tempo nelle Costituzioni delle Alte Parti contraenti; conseguentemente, dato lo stadio dell'integrazione raggiunto, il problema del silenzio dei trattati in merito ai diritti diversi dalle libertà economiche appariva non più procrastinabile: *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna 2007, 13 ss.

nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, nonché dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale»²⁸.

In sintesi, la dottrina [Granital](#) è congegnata su misura per le esigenze di un tipo di regolamentazione chiamato a porsi come disciplina specifica, dettagliata ed interamente esaustiva di fattispecie che non ammettono alcuna differenziazione tra i territori degli Stati; la Carta enuncia per converso precetti che, per loro natura e nella loro stragrande maggioranza, non possono non lasciare agli ordinamenti statali ampi margini di adattamento e di permeabilità in relazione alla *koiné* culturale in cui si inseriscono.

Come esempio di quanto detto, tra i tanti possibili, si può addurre il [caso Omega](#), in cui i giudici di Lussemburgo affermano che lo stringente grado di tutela della dignità umana – accolto dalla *BundesVerfassung* tedesca per ragioni storiche²⁹ e reputato legittimo nonostante i limiti in nome di esso inflitti alle libertà di circolazione delle merci e di prestazioni dei servizi – non vincola altri Stati, connotati da diverse tradizioni storiche e concezioni assiologiche, a garantire uno standard altrettanto elevato di protezione.

Residuerrebbe, a questo punto, solo un dubbio: perché per le norme della Carta non potrebbe valere il binomio diritto fondamentale-direttiva attuativa, valso già a far acquisire diretta efficacia, come si è visto poc'anzi³⁰, ai principi generali. La differenza, che pare doversi mantenere a questo proposito, tra la CDFUE e i principi generali contenuti nei trattati (applicabili orizzontalmente con l'ausilio delle norme incondizionate dell'eventuale direttiva) non deve stupire.

I principi generali sono espressione dell'omogeneità assiologica originaria del diritto dell'Unione (quale Europa dei mercati), che ne innerva le manifestazioni normative, sin nelle sue più capillari e detagliate diramazioni; la Carta racchiude un più elevato grado di pluralismo assiologico (sia pure non paragonabile a quello della Costituzione dell'ordinamento italiano), che richiederebbe plurime e progressive azioni di bilanciamento per dar luogo a situazioni giuridiche perfette. Simili azioni di ponderazione e contemperamento spettano al legislatore sovranazionale o a quello nazionale, secondo il disposto riparto delle competenze, e non in prima battuta alla Corte di Giustizia.

Ciò anche senza contare che è lecito – sin dal noto insieme di pronunce appartenenti al *Laval Quartet* – avanzare qualche dubbio sul fatto che la ponderazione tra la logica del mercato e la logica dei diritti dinanzi ai giudici di Lussemburgo avverrebbe sempre su basi paritarie, consacrando la transizione, o la vera e propria mutazione genetica, dell'Unione verso una *human rights organization*³¹.

4. Note di contorno: *il recente restatement della sentenza Simmenthal e le pronunce Melki e Ac.B.*

I criteri con cui avrebbe dovuto assicurarsi all'interno degli ordinamenti nazionali la *primauté* del diritto dell'Unione erano stati fissati, com'è risaputo, dalla Corte di Giustizia nel celeberrimo [caso](#)

²⁸ P. CAROZZA, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Member States*, in S. PEERS, A. WARD (A CURA DI), *The Eu Charter of Fundamental Rights: Politics, Law And Policy*, Hart Publishing, 2004, 3.

²⁹ Che ammette il divieto imposto dalle autorità tedesche delle attività ludiche svolte in un *laserdromo*, un centro di giochi di Bonn in cui, con l'utilizzo di apparecchiature laser (provenienti dalla società britannica *Pulsar* ed ottenute in *franchising*), si simulavano efferati omicidi: [CG. sent. 14 ott. 2004, caso Omega, C-36/02](#).

³⁰ V. par. prec.

³¹ Ne dubita, anche sulla scorta della [sentenza Siragusa](#), in cui l'impegno nella protezione dei diritti è motivato «dalla necessità di evitare che una tutela dei diritti fondamentali variabile a seconda del diritto nazionale considerato pregiudichi l'unità, il primato e l'effettività del diritto dell'Unione», A. BARAGGIA, *La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra Corti: "epifanie" di una unione dai tratti ancora indefiniti*, in [Rivista AIC](#), 2/2015, 5, ma v. già le riflessioni di P. ALSTON, J.H.H. WEILER, *An "Ever Closer Union" in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights*, in [European Journal of International Law](#), 1998, Vol. 9, 658 e A. VON BOGDANDY, *The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, n. 37, 2000, 1307 ss.

[Simmenthal](#)³². Tutelando la libertà di circolazione delle carni provenienti dalla Francia (che si volevano esonerate dal pagamento dei diritti relativi ai controlli sanitari), tali modalità vennero enunciate con riguardo non ai regolamenti, bensì ad un diritto fondamentale che – per il fatto di costituire una delle classiche libertà economiche sancite nei trattati istitutivi – permea l'intero sistema delle fonti dell'Unione, trovando pure esso estrinsecazione nelle sue minute norme di dettaglio senza limitarsi a rappresentare un “frammento di norma”, avulso da una rete normativa in grado di specificarne la puntuale portata.

L'introduzione in via legislativa della *question prioritaire de constitutionnalité* in Francia³³ e l'elaborazione di un omologo meccanismo da parte del giudice costituzionale in Austria ha offerto di recente l'occasione per un *restatement* della [sentenza Simmenthal](#). Nelle pronunce [Melki](#)³⁴ e [A c. B](#)³⁵ i giudici di Lussemburgo dichiarano che sono tollerati la sospensione ed il ritardo dell'applicazione diretta del diritto UE, necessari per consentire lo svolgimento del sindacato di costituzionalità.

È singolare che, mentre il principio formulato nel 1978 viene in una qualche misura relativizzato, introducendovi un'eccezione a favore dell'istituto del controllo di legittimità costituzionale, introdotto nei due ordinamenti menzionati, si faccia tanta insistenza a ribadirne la tenuta³⁶. In questo senso, infatti, è stata ripetutamente sottolineata la triplice condizione cui viene subordinata dai giudici di Lussemburgo la tolleranza della *QPC*: la garanzia per i giudici nazionali di poter esercitare il diritto/dovere di sollevare questioni pregiudiziali *ex art.* 267 TFUE, di poter adottare misure provvisorie volte a tutelare i diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e di poter provvedere, al termine del giudizio di costituzionalità, alla disapplicazione della norma nazionale in contrasto con norme dell'Unione produttive di effetti diretti.

Non sufficiente risalto riceve un altro aspetto delle decisioni che a chi scrive pare significativo: la circostanza per cui ancora una volta la *primauté* viene espressamente riferita ai regolamenti europei. Su queste basi, si potrebbe arguire che, se la dottrina del primato merita una riformulazione – sia pure con la triplice riserva sopra illustrata – per la tipologia di fonte che costituisce il suo terreno d'elezione, ciò dovrebbe quanto meno indurre a riflettere sulla estensibilità automatica ed assoluta del chiarimento interpretativo fuori da quel terreno applicativo, per norme distanti quanto ai caratteri formali, sostanziali e funzionali dalle norme regolamentari.

Tale riflessione non conduce necessariamente a negare l'estensibilità della dottrina [Granital](#), ma quanto meno, sforzandosi di recuperarne ed estrapolarne i presupposti, a problematizzare – come si sta tentando di fare qui – la sua riferibilità alla tavola europea dei diritti.

³² Che contiene la nota affermazione: «*in forza del principio della preminenza del diritto comunitario [...] il giudice nazionale, incaricato di applicare [...] le disposizioni del diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando, all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*».

³³ Con la legge organica 10 dicembre 2009 n. 1523: v., *ex multis*, T. DI MANNO, *La QPC, une question incidente de constitutionnalité 'à la française'*, in C. De Caro, N. Lupo, G. Rivosecchi (a cura di), *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, Giappichelli, Torino 2012, 5 ss.

³⁴ In dottrina, v. F. FABBRINI, *Sulla "legittimità comunitaria" del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Melki*, in *Quad. cost.*, 4, 2010, 840 ss.; S. DONDI, *Sulla "legittimità comunitaria" del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: quando il legislatore è guardato a vista*, in *Quad. cost.*, 4, 2010, 843 ss.; D.U. GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Dir. Un. eur.*, 1, 2011, 223 ss. e R. CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, Testo provvisorio Relazione al Convegno sul tema “*Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti Supreme Nazionali e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo*” - 23 e 29 ottobre 2014, organizzato presso la Corte di Cassazione dalle Strutture territoriali di formazione decentrata della Corte di Cassazione e della Corte d'Appello di Roma, 5 s.

³⁵ In proposito, A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di Giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in [Diritti Comparati](#), 2 ott. 2014.

³⁶ F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in [Federalismi.it](#), 12/2020, spec. 110.

5. Alcune recenti interpretazioni della [sent. Melloni](#) e le conseguenze da essa ricavate

La sovrapposizione di un terzo livello di tutela dei diritti fondamentali nello scenario multilivello europeo trovava un essenziale criterio di coordinamento con il sistema di garanzia nazionale nella “clausola di salvaguardia”³⁷, inserita non a caso come norma di chiusura della CDFUE (art. 54, Disp. Gen.).

Alla parziale neutralizzazione di tale clausola deve essere probabilmente imputata una certa dose di responsabilità nella prevalenza della tendenza all’accentramento registrabile nella recente giurisprudenza costituzionale.

Una simile relativizzazione è operata nella [sentenza Melloni](#) che, com’è noto, dà una risposta al *Tribunal constitucional* spagnolo, il quale aveva interrogato i giudici di Lussemburgo in sede di rinvio pregiudiziale in merito ad una normativa sovranazionale (decisione quadro (2009/299/GAI, che introduce l’art. 4 *bis* nella decisione quadro 2002/584/GAI), fortemente restrittiva delle possibilità per uno Stato di rifiutare l’esecuzione di un mandato di arresto europeo. I giudici costituzionali chiedevano se, dal momento che nella specie il mandato che le autorità spagnole erano chiamate ad eseguire era stato emesso dallo Stato richiedente (Italia) a seguito di condanna pronunciata in contumacia e a fronte dell’art. 24 della Costituzione spagnola, che sancisce il diritto di partecipazione personale al processo, non fosse da reputare ammissibile e compatibile con la Carta – in quanto consentito appunto dalla “clausola di salvaguardia” – il rifiuto della Spagna di ottemperare al MAE. In breve, si proponeva di dare un’interpretazione della rigida normativa europea aderente al dettato della Carta, che nel suo art. 53 fa salva la tutela più elevata dei diritti fondamentali – qui il diritto di difesa in giudizio – eventualmente assicurata all’interno degli ordinamenti degli Stati membri.

La Corte di Giustizia, com’è noto, nega che tale salvezza possa essere assicurata, in quanto essa comprometterebbe «il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione»³⁸ e precisa altresì che solo «laddove un atto giuridico dell’UE richiede misure nazionali di attuazione, le autorità e le Corti statali rimangono libere di applicare gli standard nazionali di protezione dei diritti fondamentali».

Proprio dalla [sentenza Melloni](#) traggono spunto alcune soluzioni recentemente prospettate per definire il problema del coordinamento tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale: tali tesi sostengono che, nei settori in cui lo Stato non goda di alcun margine di discrezionalità nell’attuazione del diritto UE, i parametri relativi alla garanzia dei diritti fondamentali e la relativa Corte siano quelli sovranazionali, nei settori viceversa in cui allo Stato siano lasciati margini di manovra, i parametri applicabili e l’organo di controllo costituzionale restino quelli nazionali³⁹, salva comunque l’esigenza di assicurare la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti garantiti dal sistema dell’Unione.

A questo fine, l’esito ottimale viene ritenuto pur sempre quello per cui il giudice comune, in presenza di un «conflitto evidente di una norma interna con norma dell’Unione direttamente applicabile o dotata di effetti diretti», debba procedere alla immediata e definitiva disapplicazione della prima⁴⁰. Si ammette tuttavia in subordine «un sistema binario di disapplicazione solo provvisoria (della norma nazionale ritenuta confliggente con il diritto dell’Unione) e di rimessione al giudice delle leggi, purché il giudice comune sia in ogni caso libero di discostarsi dalla decisione di quest’ultimo».

³⁷ Su cui v. N. NAPOLETANO, *L’evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napolitano (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, CEDAM, Padova 2010, 38.

³⁸ La pronuncia ha indotto a sostenere che la Corte di giustizia sia ben «lungi dal potere essere considerata una corte dei diritti», emergendo «chiaramente che il *focus* della Corte non è tanto la tutela dei diritti per sé, quanto l’affermazione del primato del diritto dell’Unione» (A. BARAGGIA, *La tutela dei diritti in Europa*, cit., 5).

L’interrogativo è già posto da G. DE BURCA, *After the EU Charter of Fundamental rights: the Court of Justice as Human rights adjudicator?*, in [Maastricht Journal of European and Comparative Law](#), n. 20/2013, 168 ss.

³⁹ F. DONATI, *I principi del primato e dell’effetto*, cit., 124.

⁴⁰ C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, cit., 321.

Non è del tutto chiaro però come questa soluzione sia praticabile – se ne avvede lucidamente la stessa A., che prospetta (*de iure condendo?*) un’attivazione della Corte costituzionale in funzione di garante astratto dell’art. 11 Cost. – senza collidere con il requisito della rilevanza richiesto per l’attivazione dei giudizi costituzionali.

Per ovviare a tale inconveniente, una proposta analoga, incentrata anch’essa sull’adozione di un sistema binario, è stata formulata apportandovi la variante significativa di sostituire alla “disapplicazione provvisoria” la “sospensione in via cautelare” della legge, affiancata alla contemporanea rimessione della questione alla Corte costituzionale.

La variante è congegnata al fine dichiarato di aggirare l’ostacolo della rilevanza, tant’è vero che si osserva come «in questa ipotesi la questione sarebbe rilevante, perché la legge impugnata rimarrebbe in vigore»⁴¹. Tuttavia, a ben vedere, essa non sembra superare la necessità di tale requisito, che notoriamente non consiste nella mera vigenza della legge, quanto nella doverosa applicabilità ai fini della risoluzione della controversia, che la mera sospensione fa venir meno (tranne che avvenga nel contesto della concessione di un provvedimento cautelare in senso proprio). Sfugge d’altro canto il *quid pluris* che la prospettata sospensione della fonte legislativa sarebbe in grado di aggiungere alla sospensione del processo principale, contestuale alla rimessione della questione di legittimità costituzionale alla Corte, che impedisce di per sé che della legge statale si possa fare applicazione nel giudizio.

L’obiezione più forte in cui incorrono, tuttavia, le tesi che impostano il coordinamento tra giurisdizioni sulla distinzione tra settori armonizzati e settori non o non completamente armonizzati dell’Unione (i primi di competenza della Corte di Giustizia, i secondi di competenza della Corte costituzionale) deriva dal fatto che esse – nel forzare testualmente la [sentenza Melloni](#) che non parla affatto di settori, ma di «atti» che non richiedano misure di attuazione⁴² – finiscono con il dare alla stessa pronuncia un’interpretazione estensiva, quando invece la stessa, per il fatto di introdurre una deroga al tenore letterale della “clausola di salvaguardia” della Carta (che nel far salva la maggior tutela dei diritti nazionale non contiene alcun *distinguo*) esigerebbe un’interpretazione rigorosamente restrittiva.

Le distinte e non comparabili competenze della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia possono, ad avviso di chi scrive, essere congiuntamente rispettate valorizzando la comunicazione sui diritti fondamentali tra la Corte nazionale, giudice naturale in materia di diritti apicali e la Corte di Lussemburgo, che ha fatto ingresso nell’empireo dei diritti fondamentali (a partire dalla [sentenza Stauder](#)) per il tramite dell’impegno al rispetto delle tradizioni costituzionali comuni, che ontologicamente non possono che alimentarsi dell’esperienza nazionale.

La soluzione non sembra dunque tanto il recupero ed il rafforzamento⁴³ delle funzioni degli organi giurisdizionali comuni quali giudici dell’Unione⁴⁴, auspicato principalmente a favore dell’organo di nomofilachia⁴⁵, quanto il consolidamento del percorso avviato dall’[ord. n. 117/2019](#)⁴⁶, con cui lo stesso giudice delle leggi ha disposto il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* enucleando, con

⁴¹ F. DONATI, *I principi del primato e dell’effetto*, cit., 124 s.

⁴² Come appunto il MAE, misura per definizione rigida e anelastica, pena la vanificazione della forma di cooperazione giudiziaria da essa realizzata.

⁴³ Suggesto da R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi*, cit., 493 ss.

⁴⁴ Per R. BIN, infatti, va criticata «una prassi giudiziaria disinvolta, suffragata da una dottrina che non lo è di meno, che minacciano la stabilità del sistema delle fonti e le garanzie dei diritti» (*È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”?*, cit., 7).

⁴⁵ R. CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, cit., 30 ss. L’A. valorizza il rinvio pregiudiziale come principio *fondamentale* di cooperazione al servizio di una *nomofilachia europea*, nella prospettiva di un pieno recupero della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, argomentando che quanto il giudice nazionale di ultima istanza perde in termini di *cessioni di supremazia* venga pienamente compensato in termini di *acquisizione di sovranazionalità*.

⁴⁶ V. A. RUGGERI, [Ancora un passo avanti della Consulta](#), cit., 242 ss.; sulla questione v. D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in [Questione Giustizia](#), 12/03/2018.

l'occasione, anche il nocciolo irrinunciabile dei parametri costituzionali coinvolti suscettibili di essere azionati quali "controlimiti". Il coordinamento tra le due giurisdizioni avviato con [tale ordinanza](#) consentirebbe di armonizzare la lettura dei diritti fondamentali sviluppata nei due distinti universi assiologici di provenienza ed eviterebbe la prospettiva indesiderabile⁴⁷ – altrimenti ineludibile – di un giudice domestico che giunga a disapplicare una legge interna fatta salva dalla Corte, all'esito dell'opposto pronunciamento della giurisdizione europea cui lo stesso giudice *a quo* si sia successivamente rivolto esercitando la prerogativa del rinvio pregiudiziale⁴⁸.

È un percorso questo che potrebbe condurre all'auspicata «combinazione virtuosa tra l'effetto unificante della giurisprudenza di Lussemburgo ed il potere di "bonifica" del sistema normativo affidato tuttora alle Corti nazionali»⁴⁹.

6. La posta in gioco: "applicazione diretta" della CDFUE in giudizio o implementazione dei diritti fondamentali di matrice giurisprudenziale, elaborati a Lussemburgo?

La condizione dell'effetto diretto dovrebbe essere, almeno in una certa misura, un *prius* e non un *posterius* dell'attività degli interpreti, dipendendo da dati oggettivi quali la struttura della disposizione, il suo tenore testuale e la sua natura nomologica, che la rendono accertabile *a priori*. Ma la circostanza che la qualificazione di tale tipo di efficacia sia affidata alla Corte di Giustizia genera di per sé una commistione tra il grado di chiarezza, precisione, e incondizionalità del precetto, ravvisabile *prima* e quello rinvenibile *dopo* l'intervento di questa⁵⁰. Soprattutto, la riflessione in sede scientifica sulla "dottrina dell'effetto diretto" adottata a Lussemburgo, pur convergendo, in gran parte ma non senza rilevanti dissensi, sulla strumentalità dell'istituto al fine dell'integrazione europea, è ancora internamente divisa sul suo specifico contenuto⁵¹.

Custode privilegiata della verifica dei presupposti dell'effetto diretto appare in fin dei conti la Corte di Lussemburgo, che tende ad impiegare un *test* estensivo, attraverso un'interpretazione «flessibile e teleologica» tanto della precisione quanto dell'incondizionalità⁵².

Com'è accaduto in passato, di conseguenza, anche una disposizione «non particolarmente determinata» può guadagnare l'incisivo effetto, difficilmente prefigurabile in virtù della sua formulazione testuale, a seguito dell'intervento integratore e ricostruttore dei giudici dell'istanza sovranazionale⁵³. Resta fermo – detto per inciso – che un siffatto intervento non sarebbe comunque sufficiente a supplire all'inidoneità strutturale delle direttive a spiegare effetti giuridicamente vincolanti nei rapporti privati, sopra rilevata.

Davanti a disposizioni con le caratteristiche nomologiche di quelle della Carta, l'organo giurisdizionale europeo si pone in definitiva quale detentore di quella fondamentale attribuzione denominata *kompetenz-kompetenz*, in quanto arbitro della scelta tra l'applicazione dei parametri

⁴⁷ Segnalata come un'aporia dell'assetto attuale dei rapporti tra le due Corti da G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in [Osservatorio costituzionale](#), 6/2019, 172.

⁴⁸ Sottoponendo alla Corte di giustizia un quesito in merito all'interpretazione di una norma della CDFUE, il giudice mira in ultima analisi ad appurare se la legge nazionale non vi contrasti, contrasto che si appresterebbe poi a dirimere con la disapplicazione. Tuttavia, come ricorda ancora R. BIN, il meccanismo del rinvio ai giudici di Lussemburgo non va «confuso» con l'impugnazione delle leggi, mentre la parificazione delle due competenze è frutto di uno «scivolamento di prospettiva», cui ci si è troppo presto assuefatti (*È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"?*, 4).

⁴⁹ G. SILVESTRI, *L'integrazione tra l'ordinamento italiano e quello europeo*, cit., 96.

⁵⁰ «Lo sganciamento da una rigorosa delimitazione dell'"effetto diretto" delle norme europee – di cui la Corte di giustizia condivide la responsabilità – induce un certo tasso di arbitrarietà da parte dei giudici comuni nella "scelta" della fonte e della norma da applicare al caso»: R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"?*, cit., 7.

⁵¹ Come risulta dal recente studio di D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione*, cit., 3.

⁵² D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea*, cit., 7.

⁵³ ID., *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale*, cit., 168 s.

costituzionali interni ad opera della Corte nazionale e l'applicazione di quelli sovranazionali ad opera di sé medesima. Un compito, tipico di un soggetto sovrano nella dimensione del costituzionalismo multilivello, contrassegnata da complesse dinamiche interordinamentali, a rigore difficilmente riconducibile nell'alveo dell'art. 267 TFUE.

Tale delicata funzione troverebbe un'ampia occasione di innesco, dato che, per la formulazione a maglie larghe dei precetti del documento di Nizza, l'esigenza di interpellare la Corte di Giustizia, al fine di colmare in via interpretativa il *gap* semantico tra i diritti fondamentali e il rinvenimento della regola della controversia, si pone come un passaggio che, da eventuale e facoltativo dinanzi ad uffici giurisdizionali non di ultima istanza, diviene praticamente ineludibile. La *regula iuris* del caso, mancante in tesi, sarà il risultato dell'operazione interpretativa dei diritti fondamentali – e del loro indispensabile bilanciamento – richiesta con rinvio *ex art.* 267 TFUE al giudice europeo e sarà questa regola di conformazione pretoria, in fin dei conti, che il giudice comune nazionale applicherà direttamente scalzando la legge nazionale.

Dietro l'attivazione di congegni tecnici, che “attraggono” l'interpretazione delle disposizioni sui diritti in capo all'uno o all'altro degli attori giurisdizionali operanti nella “rete” ordinamentale, ci si avvede allora che la reale “posta in gioco” è la preminenza di una o di un'altra opzione di natura costituzionale.

Precisamente, dietro la tendenza recentemente invalsa nell'ordinamento italiano all'attrazione dell'interpretazione e dell'applicazione dei diritti fondamentali in capo alla Corte costituzionale, riguardata in dottrina come un ritorno al carattere accentrato del giudizio di legittimità costituzionale – in controtendenza rispetto ad una precedente stagione “centrifuga” che accentuava la diffusione del sindacato – solo in apparenza c'è un riequilibrio nei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni. Riconoscere – scartando la via dell'accentramento in capo al garante della supremazia costituzionale a favore della soluzione dell'applicazione diretta della Carta di Nizza – a tutti i giudici la possibilità di maneggiare liberamente i principi⁵⁴, di cui è prevalentemente composta la CDFUE, avrebbe significato, anche data la recente introduzione di quest'ultima che non le consente di avvalersi di una elaborazione giurisprudenziale consolidata, rendere pressoché necessitato il ricorso all'interpretazione della Corte di Giustizia, interpellata tramite rinvio pregiudiziale.

Con la conseguenza ulteriore che sarebbero la portata e il bilanciamento dei diritti definiti dai giudici di Lussemburgo a decretare, in definitiva, la non applicabilità della legge interna contrastante con tale definizione.

La “posta in gioco”, anche in questo caso, non è accentramento *vs.* diffusione ovvero sindacato di legittimità costituzionale (della legge in contrasto con la CDFUE) *vs.* applicazione diretta all'apparenza più rapida ed efficace (della CDFUE), bensì interpretazione-applicazione dei diritti fondamentali da parte della Corte costituzionale *vs.* interpretazione-applicazione (quest'ultima per il tramite dei giudici comuni) dei diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia, operante in un quadro ordinamentale affetto tuttora dagli interrogativi indicati *supra*, circa il “posto” dei dritti fondamentali in generale (e di alcuni di essi in particolare).

A voler attrarre la Carta al modello invalso per i regolamenti, ne esce distorta e amplificata anche la stessa portata dell'istituto dell'applicazione diretta, come delineata in [Granital](#).

Infatti, un conto è che a sostituirsi alla legge sia la fonte prodotta dagli organi investiti di funzione normativa nell'organizzazione europea, a favore dei quali può operare quella riserva di normazione riconosciuta dai trattati, su cui la [sent. n. 170/1984](#) fa poggiare il difetto di competenza in capo al legislatore nazionale, che si muova in materie dismesse in senso disarmonico rispetto alle fonti comunitarie, un altro è che al posto della legge si applichi la specificazione della norma della Carta operata dal giudice europeo per la controversia interna. E l'esigenza di marcare una distinzione vale

⁵⁴ Nel senso classico – che le contrappone alle regole – di norme senza fattispecie.

anche a voler enfatizzare la specificità del principio di legalità nell'ordinamento europeo, dove esso assume un volto spiccatamente giurisdizionale⁵⁵.

Nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionale è stata a lungo discussa, anche sulla scorta del limite normativo espressamente sancito nell'art. 30, l. n. 87/1953, l'ammissibilità delle sentenze manipolative e fra esse segnatamente delle sentenze additive, per il rispetto dovuto all'esercizio della discrezionalità politica da parte del Parlamento. Acquisita la piena consapevolezza dell'insufficienza del modello kelseniano incentrato sull'idea del legislatore negativo, dinanzi a un ruolo più ampio di garante della supremazia della Costituzione, che richiede il positivo svolgimento delle sue disposizioni programmatiche e di principio, le decisioni non meramente caducatorie sono oggi più o meno pacificamente annesse allo strumentario della Corte, entro i confini di un difficile e sempre delicato equilibrio che risente dell'andamento dei rapporti con gli organi di indirizzo politico. L'equilibrio raggiunto tra garante costituzionale dei diritti fondamentali e legislatore verrebbe interamente sacrificato a favore dell'*human rights adjudicator* europeo, capace di dettare le norme operanti al grado primario delle fonti (in quanto in grado di sostituirsi ad esse), con l'esito di infliggere una ulteriore vistosa deroga all'assetto costituzionale dei poteri ed alla loro separazione⁵⁶, aggirando tutte le cautele che da tempo sono state costruite per le sentenze normative del giudice costituzionale. Il parallelo appena prospettato non è affatto inficiato dalla considerazione che le pronunce della Corte costituzionale, a differenza di quelle rese *ex art. 267 TFUE*, hanno efficacia *erga omnes*, dato il rilievo che queste ultime rivestono in quanto provenienti da un organo dotato di *giurisdizione esclusiva* e sorrette dal robusto principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno (ciò *a fortiori* se sollecitate dal giudice nazionale della funzione nomofilattica). In estrema sintesi, la posta in gioco nell'odierno dilemma non è accentrato/diffusione – fuorviante dicotomia – ma l'affidamento del bilanciamento assiologico alla Corte costituzionale o alla Corte di Giustizia⁵⁷, che per di più verrebbe ad operarlo in mancanza di una scelta fondamentale – squisitamente politico-costituzionale – tra un *modello* di Europa incentrato sul *mercato* e la *libera concorrenza* ed un diverso *modello* fondato sui *diritti*⁵⁸. È il caso di chiedersi, a proposito di tale significativo slittamento: *cui prodest?*

⁵⁵ Lo scenario del diritto dell'Unione – in quanto costruita in gran parte dalla Corte di giustizia e sottoposta al suo controllo – si caratterizza per una forte giurisdizionalizzazione della legalità, che soppianta il principio di legalità puro e monolitico tipico dello “Stato legislativo di diritto”, concorrendo a disegnarne l'attuale volto “ibrido” e “multiforme”: M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, VI (2013), 411.

⁵⁶ Sulla necessità viceversa di un recupero del ruolo del decisore politico nel graduare l'«intensità di tutela dei principi e diritti fondamentali non ordinati gerarchicamente» insiste G. SILVESTRI, *L'integrazione tra l'ordinamento italiano e quello europeo*, cit., 95.

⁵⁷ In merito v. anche le considerazioni di R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 625.

⁵⁸ Secondo una posizione ancora più drastica, è dubbio che l'avvento dei diritti fondamentali in Europa abbia conferito ad essi una *posizione fondativa* dell'intero ordine giuridico, quali pilastri atti a conformare la stessa organizzazione del sistema, o li abbia al contrario relegati solo al ruolo di *limite esterno* al sistema, che continuerebbe a trovare altrove i propri valori fondanti (nella specie, nei capisaldi del mercato e della libera concorrenza, che innervavano i Trattati istitutivi): F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Giappichelli, Torino 2002, 20 ss.

Andrea Bonomi

Può il diritto vivente rendere chiara e precisa una legge “sostanzialmente penale” dal contenuto vago ed incerto? Dalla recente giurisprudenza costituzionale una risposta nebulosa*

ABSTRACT: *The contribution intends to investigate whether, or not, it is decisive the relevance that, with regard to the identification of the parameter aimed at verifying compliance with the principle of determination of the provisions that provide for a substantially punitive sanction, in decision n. 145 of 2020 the Court intends to attribute to the living law.*

SOMMARIO: 1. Le questioni più problematiche connesse al principio di determinatezza: il criterio per appurare la sua violazione e le disposizioni legislative a cui lo stesso può essere applicato. – 2. L'intreccio delle due problematiche nella recente giurisprudenza costituzionale: la [sentenza n. 145 del 2020](#). – 3. Le forti differenze che separano il criterio del diritto vivente e il criterio della non interpretabilità della disposizione e le conseguenze molto diverse che discendono dall'applicazione dell'uno e dell'altro dei due criteri. – 4. La risposta nebulosa che proviene dalla [sentenza n. 145 del 2020](#) e i possibili scenari futuri.

1. Le questioni più problematiche connesse al principio di determinatezza: il criterio per appurare la sua violazione e le disposizioni legislative a cui lo stesso può essere applicato.

Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose è quel principio in virtù del quale il legislatore deve delineare in forma chiara e precisa la legge che contempla una sanzione penale.

Sebbene il principio in esame non risulti esplicitamente costituzionalizzato¹, la dottrina ha concordemente conferito ad esso rango costituzionale pur senza unanimità di vedute in ordine alla norma costituzionale a cui a tal fine far riferimento: alcuni studiosi hanno agganciato il principio all'art. 13 Cost., altri commentatori lo hanno ancorato al principio di colpevolezza, altri ancora lo hanno posto in correlazione col principio di irretroattività della legge penale, qualcuno ne ha addirittura rinvenuto il fondamento nello “spirito dell'intera Costituzione” e infine i più l'hanno inteso come il «nucleo più significativo e genuino»² del principio della riserva di legge posto dall'art. 25, comma 2 Cost.³.

* Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Fra gli ultimi in dottrina lo definisce un principio «inespresso» G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018, 198-199.

Non è superfluo rammentare che questo principio costituzionale non esplicitamente espresso nella Carta costituzionale trova applicazione in riferimento non solo al precetto, ma anche alla cornice edittale: in questo senso paiono oramai orientate sia una parte considerevole della dottrina [cfr., *inter alios*, S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 151, secondo cui il principio di determinatezza pone al legislatore «un vincolo nel dosaggio della pena», ovvero nella fissazione di limiti edittali, sì, “distanziati”, ma «non così distanziati da aprire la porta all'arbitrio giudiziario»; volendo, A. BONOMI, *Il sindacato sul quantum delle sanzioni penali alla luce del più recente orientamento del Giudice delle leggi: fondamento, estensione, limiti e una proposta di soluzione*, in *I diritti fondamentali nel prisma del costituzionalista*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, IV, Genova, 2020, 321 ss., sia la stessa Corte costituzionale (cfr. la [sent. n. 299 del 1992](#) che è emblematica perché, pur venendo in considerazione in quella circostanza un caso a dir poco macroscopico di pena eccessivamente dilatata, ovvero da due anni a ventiquattro anni, si trova comunque la lapidaria affermazione secondo cui “il principio di legalità richiede anche che l'ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 [cod. pen.] e che manifestamente risulti non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta. Altrimenti la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario”).

² Così F.C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 355.

³ Per maggiori ragguagli su tutte queste tesi dottrinali cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l'interpretazione tassativizzante quale species del genus interpretazione conforme a Costituzione: spunti di riflessione*, di prossima pubblicazione negli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli, 2021, spec. § 1.

Anche il Giudice delle leggi nella sua costante giurisprudenza ha attribuito un rilievo costituzionale a tale principio: più in particolare, la Corte lo ha agganciato al principio della legalità penale non rinunciando, peraltro, in più di un'occasione a rimarcare come la violazione del principio di determinatezza sia tale da incidere anche sulla "portata" di altri principi costituzionali con particolare riferimento al diritto di difesa e al principio di uguaglianza⁴.

Si deve anzi osservare come nella [sentenza n. 115 del 2018](#), che "ha chiuso" la "vicenda Taricco", la Corte proceda ad una «affermazione forte del principio di determinatezza sulla base di una lettura... massimalista (e "patriottica") del medesimo canone»⁵: il principio in esame viene infatti eretto a principio supremo dell'ordinamento costituzionale e fatto assurgere a vero e proprio controlimita in grado di frapporsi all'ingresso delle fonti di origine europea benché poi lo stesso Giudice delle leggi abbia assunto un atteggiamento opposto in relazione alle fonti non provenienti *ab externo* avendo quasi sempre mostrato una forte ritrosia nel pronunciare l'incostituzionalità di disposizioni penali pur fortemente sospettabili di indeterminatezza⁶.

Tuttavia, il principio in esame ha ingenerato molte problematiche di difficile risoluzione che si sono poste in modo particolarmente evidente in sede di giudizio di costituzionalità.

Fra queste due risultano essere le problematiche più spinose, ovvero le seguenti: l'una consistente nel chiarire quale sia il criterio sulla base del quale assodare la lesione del principio; l'altra consistente nell'appurare se il principio debba essere ritenuto applicabile alle sole disposizioni incriminatrici o se esso possa, invece, essere esteso altresì alle disposizioni che prevedono sanzioni non strettamente penali, ma di altro tipo.

Quanto alla prima problematica, la Corte costituzionale nella sua giurisprudenza al fine di verificare il rispetto del principio di determinatezza in riferimento alle disposizioni incriminatrici non ha adottato un solo criterio, bensì ha fatto riferimento a criteri molto diversi.

Più in particolare, in alcune decisioni è stato utilizzato il criterio del significato linguistico o semantico⁷, in altre pronunce è stato fatto ricorso al criterio della verificabilità empirica⁸, in altre decisioni ancora è stato preso come parametro il criterio tipologico detto anche del tipo criminoso⁹, ma soprattutto i criteri che la Corte ha maggiormente utilizzato sono stati i seguenti due sul cui esame

⁴ Per più approfonditi spunti in materia cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più "inesistente"*, in [Rivista AIC](#), 15 ottobre 2020, 142.

⁵ Così D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in [Questione Giustizia](#), 2018, n. 3, 51, il quale contrappone tale visione forte a quella debole o – come la definisce l'A. – «negazionista» (p. 52) che la Corte sembra fare propria invece allorché – come è ai più ben noto e come anche si dirà poco oltre sopra nel testo – ad essere chiamate in causa al metro del principio di determinatezza sono non fonti provenienti *ab externo*, bensì disposizioni penali nazionali.

⁶ Sulle cause di tale ritrosia cfr., *inter alios*, P. NUVOLONE, *La problematica penale della Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1978, 494; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1992, 100; A. FALLONE, *Il principio di tassatività nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. merito*, 2008, I, 280.

⁷ In base a siffatto criterio la determinatezza sussiste ogniqualvolta sia possibile attribuire ai singoli termini di cui consta la disposizione penale, ancorché non di contenuto particolarmente specifico, un significato, appunto, semantico: per un'applicazione di tale criterio cfr. la [sent. n. 44 del 1964](#) e per osservazioni critiche su di esso vedasi F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 65.

⁸ In virtù di tale criterio la determinatezza della formulazione della disposizione incriminatrice presuppone necessariamente che la fattispecie astratta prevista dal legislatore faccia riferimento a fatti che possono verificarsi nella realtà e di cui può essere provata la relativa verifica: il criterio ha trovato applicazione nella [sent. n. 96 del 1981](#) che ha dichiarato incostituzionale il reato di plagio e il ricorso ad esso, benché sia limitato solo a rari casi fra i quali può essere annoverato quello, appunto, della fattispecie criminosa del plagio, ha trovato anche consensi in dottrina (cfr. D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1007).

⁹ In virtù di questo criterio la violazione del principio di determinatezza sussiste qualora dal tenore letterale della disposizione penale non appaia sufficientemente determinato il tipo criminoso e più in particolare o il tipo di soggetto autore del reato o il tipo di bene giuridico tutelato o il tipo di condotta offensiva del bene giuridico protetto: anche questo criterio ha trovato sporadiche applicazioni in sede di giudizio di costituzionalità (cfr. le dec. [n. 247 del 1989](#) e [n. 35 del 1991](#)) per quanto il ricorso ad esso sia caldeggiato da alcuni commentatori (cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, partic. 106 e 109).

ci si soffermerà in seguito: il criterio del diritto vivente del quale i giudici costituzionali si sono serviti per lungo tempo e principalmente negli anni ottanta e novanta del secolo scorso; il criterio della non interpretabilità della disposizione a cui gli stessi giudici costituzionali hanno cominciato a fare ricorso nei tempi più recenti e che può essere ritenuto attualmente un criterio consolidato e dunque di riferimento in sede di giudizio di costituzionalità.

Quanto poi alla seconda problematica sopra esposta, nella sua più recente giurisprudenza la Consulta ha chiarito che il principio di determinatezza deve trovare applicazione in ordine non solo alle disposizioni *stricto sensu* incriminatrici, ma anche a quelle disposizioni che, pur prevedendo sanzioni amministrative, devono essere ritenute – in quanto dotate di un’“elevatissima carica afflittiva”¹⁰ – di natura “sostanzialmente penale”.

È emblematica a questo proposito la [sentenza n. 223 del 2018](#) in cui il Giudice delle leggi, assumendo come esempio di riferimento l’illecito amministrativo “Abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate” che costituisce l’oggetto della *quaestio* di costituzionalità e che prevede una sanzione amministrativa, a carico di una persona fisica, fino all’importo di cinque milioni di euro, esplicita *expressis verbis* il seguente assunto: “vero è che la sanzione penale si caratterizza sempre per la sua incidenza, attuale o potenziale, sul bene della libertà personale (la stessa pena pecuniaria potendo essere convertita, in caso di mancata esecuzione, in sanzioni limitative della libertà personale stessa), incidenza che è, invece, sempre esclusa per la sanzione amministrativa. E vero è, altresì, che la pena possiede un connotato speciale di stigmatizzazione, sul piano etico-sociale, del comportamento illecito, che difetta alla sanzione amministrativa. Cionondimeno, l’impatto della sanzione amministrativa sui diritti fondamentali della persona non può essere sottovalutato: ed è, anzi, andato crescendo nella legislazione più recente”.

Proprio muovendo da questo assunto che poi trova le sue fondamenta nei “criteri Engel” ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹¹ e ponendosi la finalità di impedire quella che in dottrina è stata efficacemente denominata una «forma... raffinata di truffa delle etichette»¹², i giudici costituzionali rilevano che non solo il principio d’irretroattività di cui all’art. 25, comma 2 Cost., ma anche il principio di determinatezza, che gli stessi giudici costituzionali, come già detto, traggono dalla medesima disposizione costituzionale, deve essere ritenuto applicabile a “tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo”¹³ perché “il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il nomen ad essa attribuito dall’ordinamento... non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di 'conoscere', in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata”¹⁴.

¹⁰ Così la [sent. n. 223 del 2018](#).

¹¹ Sui criteri “Engel” – e soprattutto sul terzo criterio “Engel” costituito dalla gravità della sanzione – elaborati, come è noto, dalla Corte di Strasburgo nella famosa [sentenza dell’8 giugno 1976 Engel e altri c. Paesi Bassi](#) e in seguito dalla stessa Corte europea confermati in molte decisioni e soprattutto nella più recente [sentenza della Seconda Sezione del 4 marzo 2014 Grande Stevens e altri c. Italia](#) (partic. al punto 94), cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 80 ss., nonché P. COSTANZO e L. TRUCCO, *Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in questa [Rivista](#), 2015, 851 ss.

¹² La felice espressione è tratta da L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 216, il quale osserva che è «inammissibile che il legislatore, mediante la qualificazione come non penale di una misura afflittiva, possa sottrarla a propria discrezione alle garanzie costituzionali della materia penale. Attribuire ai giudici costituzionali la potestà di riconoscere tali garanzie anche al di fuori della materia penale in senso stretto ci pare una conclusione quasi obbligata se si vuole evitare una al fine di evitare una clamorosa frode delle etichette» (p. 21) perché «una misura afflittiva può non avere finalità punitiva, ma... ha comunque natura penale in senso lato – almeno rispetto ad alcune garanzie – quando la misura deriva dalla commissione di un fatto illecito, e non ha contenuto omogeneo al danno cagionato; tale categoria generale comprende come *species* quella delle misure a finalità punitiva» (p. 217).

¹³ Così la [sent. n. 121 del 2018](#).

¹⁴ Così sempre la [sent. n. 121 del 2018](#); non è un caso, del resto, se nella successiva [sent. n. 134 del 2019](#) la Corte rileva che “ciò che... anche le leggi regionali che stabiliscono sanzioni amministrative debbono garantire ai propri

2. *L'intreccio delle due problematiche nella recente giurisprudenza costituzionale: la [sentenza n. 145 del 2020](#).*

La questione che nella più recente giurisprudenza costituzionale si è posta trae origine, per così dire, da una combinazione di queste due problematiche.

In altri termini, qualora debba essere vagliata al metro del principio di determinatezza la costituzionalità di una disposizione non *stricto sensu* incriminatrice, bensì formalmente amministrativa, ma al contempo, a causa della carica di afflittività di cui è dotata, “sostanzialmente penale”, il criterio di riferimento è quello che la Corte utilizza, come già detto, nella sua più recente giurisprudenza in relazione alle disposizioni penali, ovvero il criterio della non interpretabilità della disposizione, oppure deve essere utilizzato un altro criterio proprio in considerazione del fatto che oggetto del giudizio di costituzionalità è una disposizione che penale formalmente non è?

L'interrogativo si è posto all'attenzione della Consulta nella recente [sentenza n. 145 del 2020](#), ma, come si tenterà di dimostrare, non ha ricevuto una risposta chiara da parte dei giudici costituzionali.

Oggetto della *quaestio* era l'art. 709-ter comma 2 cod. proc. civ.: tale disposizione, in tema di separazione coniugale, stabilisce che, in una serie di ipotesi fra cui quella in cui sia appurato il compimento di “atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento”, il giudice può infliggere al genitore responsabile di quegli atti una o più delle misure sanzionatorie previste nei numeri da 1) a 4) della stessa disposizione.

Fra queste misure è contemplata – nel numero 4) – la sanzione della condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria da un minimo di 75 Euro a un massimo di 5.000 Euro a favore della Cassa delle ammende.

Il giudice *a quo*, muovendo dalla premessa che, in conformità ai criteri “Engel” enunciati dalla Corte di Strasburgo, tale sanzione, pur se formalmente qualificata come amministrativa, deve essere ritenuta sostanzialmente penale in considerazione della gravità dell'importo massimo della stessa, lamenta una violazione del principio di determinatezza: la tesi sostenuta nell'ordinanza di rinvio è che la formula “atti che comunque arrechino pregiudizio al minore” rimette “l'individuazione della nozione di 'pregiudizio' e delle condotte punibili in concreto alla pura discrezionalità del giudice, in assenza di qualsivoglia indice normativo che possa quantomeno delimitare l'ambito delle condotte punibili in relazione alla gravità delle stesse”¹⁵.

Il Giudice delle leggi conferma la natura sostanzialmente penale della sanzione contemplata dal numero 4) e ribadisce anche la propria recente giurisprudenza in virtù della quale, come detto in precedenza, il principio di determinatezza deve trovare applicazione anche in ordine alle disposizioni che, pur prevedendo sanzioni amministrative, devono essere considerate di natura “sostanzialmente penale” in quanto connotate in senso fortemente afflittivo-punitivo.

Tanto premesso, la Corte nega però fondatezza al dubbio espresso nell'ordinanza di rinvio in merito ad una lesione del suddetto principio sulla base del seguente percorso motivazionale.

Da un lato la Consulta ribadisce la validità in linea generale del criterio a cui nella sua giurisprudenza più recente la stessa ricorre al fine di verificare il rispetto del principio di determinatezza, ovvero il cosiddetto criterio della non interpretabilità della disposizione.

destinatari è la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie: requisiti questi ultimi che condizionano la legittimità costituzionale di tali leggi regionali, al cospetto del diverso principio di determinatezza delle norme sanzionatorie aventi carattere punitivo-afflittivo, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost.”.

¹⁵ Così l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Treviso emessa il 30 aprile 2019 nel punto 4.5: ad essere rigorosi, il riferimento alla “pura discrezionalità del giudice” non pare tecnicamente corretto perché, «mentre l'indeterminatezza presuppone l'assenza di un criterio certo di decisione per il caso concreto, la discrezionalità consiste nel potere di scelta attribuito al giudice tra una pluralità di conseguenze sanzionatorie, tutte tassativamente predeterminate, in relazione alla sussistenza di una pluralità di criteri, pure tassativamente predeterminati» (così M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 135-136).

La formula attraverso la quale la Corte normalmente esprime il sopra ricordato criterio è quella secondo cui la presenza nella formula descrittiva dell'illecito di un elemento elastico non lede tale principio “quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato”¹⁶.

In realtà, nella [sentenza n. 145 del 2020](#) la Corte utilizza una formula apparentemente diversa, ovvero quella in virtù della quale “il ricorso a un'enunciazione sintetica della norma incriminatrice, piuttosto che a un'analitica enumerazione dei comportamenti sanzionati, non comporta, di per sé, un vizio di indeterminatezza purché, mediante l'interpretazione integrata, sistemica e teleologica, sia possibile attribuire un significato chiaro, intelligibile e preciso alla previsione normativa”.

Al di là della discutibile equiparazione fra la tecnica di costruzione della fattispecie che consiste nell'“enunciazione sintetica” e quella che si concretizza nell'“analitica enumerazione dei comportamenti sanzionati” dal momento che quest'ultima appare più adeguata a limitare il tasso di indeterminatezza della disposizione¹⁷ – e questo tanto più che nel caso di specie ben sarebbero potuti essere descritti “casisticamente” gli specifici comportamenti idonei ad arrecare pregiudizio al minore¹⁸ –, non v'è dubbio che la sostanza delle due formule non cambi.

Il principio di determinatezza è leso solo nel caso in cui la disposizione non sia in alcun modo interpretabile nonostante l'utilizzo di tutti i diversi criteri ermeneutici – con speciale riguardo, secondo quanto sembra doversi evincere dalla formula utilizzata normalmente dalla Corte, a quello teleologico e a quello sistematico¹⁹ – a disposizione del giudice.

Dall'altro lato il Giudice delle leggi specifica che non viola il principio di determinatezza “l'uso, nella formula descrittiva dell'illecito sanzionato, di una tecnica esemplificativa oppure di concetti extragiuridici diffusi o, ancora, di dati di esperienza comune o tecnica (così già la [sentenza n. 42 del 1972](#)), tanto più ove, come nella fattispecie considerata, l'opera maieutica della giurisprudenza, specie di legittimità, consenta di specificare il precetto legale ([sentenza n. 139 del 2019](#))”²⁰.

In applicazione di quest'ultimo inciso al caso di specie la Corte rileva che la facoltà riconosciuta al giudice di applicare la sanzione di cui al numero 4) qualora sia appurata la sussistenza di atti “che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento” è stata intesa dalla giurisprudenza di legittimità nel senso che l'uso della congiunzione disgiuntiva “od” evidenzia come l'avere ostacolato il corretto svolgimento delle

¹⁶ Cfr. le [decc. n. 5 del 2004](#), [n. 327 del 2008](#), [n. 21 del 2009](#), [n. 282 del 2010](#), [n. 172 del 2014](#), [n. 141](#) e [n. 278 del 2019](#).

¹⁷ Sui motivi che giustificano questa affermazione cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l'interpretazione tassativizzante*, cit., § 4.

¹⁸ Mentre i concetti extragiuridici diffusi propriamente detti – qual è, ad es., il buon costume o l'osceno o il comune sentimento del pudore – sono in grado di far individuare i fatti che essi descrivono solo mediante il parametro valutativo rappresentato dalle «norme del costume sociale» (G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, cit., 110) e pertanto – checché ne dica la Corte nella [sent. n. 42 del 1972](#) (il cui richiamo nella [sent. n. 145 del 2020](#) appare anche poco pertinente) – non possono esser ritenuti “generalmente compresi nella collettività in cui il giudice opera” perché il loro contenuto può variare notevolmente sulla base delle condizioni storiche d'ambiente e di cultura (questo profilo è stato da noi approfondito altrove: cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, cit., 153 ss.), a tutt'altra conclusione si deve pervenire quanto all'espressione linguistica “atti che comunque arrechino pregiudizio al minore”: tali atti infatti si prestano meglio ad essere analiticamente enumerati in quanto essi devono essere riempiti di contenuto facendo *ex necesse* riferimento ad un criterio valutativo che non è di natura sociale o culturale, bensì che si fonda semmai su “regole” – in particolare pedagogiche o psicologiche – la cui natura ha un fondamento diverso, ovvero scientifico.

¹⁹ A giudizio di S. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016, 214-215, il riferimento che la Corte nella [sent. n. 145 del 2020](#) opera anche all'“interpretazione integrata” indica che il giudice deve riferirsi altresì al «contesto» in cui è inserita la disposizione pur preguata di elementi elastici.

Peraltro, il richiamo al criterio teleologico, a quello sistematico e a quello integrato non può ritenersi tassativo atteso che – al di là del divieto costituzionale di analogia – il giudice penale può ricorrere anche a tutti gli altri criteri interpretativi che l'ordinamento mette a disposizione.

²⁰ Corsivo nostro.

prescrizioni giudiziali relative alle modalità di affidamento dei figli sia un fatto che giustifica l'applicazione della sanzione in questione di per sé, ovvero anche in mancanza di un pregiudizio in concreto accertato a carico del minore.

Da qui la negazione di fondamento al dubbio in punto di determinatezza perché “è possibile... individuare i comportamenti sanzionabili in quelle condotte – da ricondurre a 'inadempienze o violazioni' di prescrizioni dettate in un provvedimento giurisdizionale, pur non apparentemente 'gravi' – che abbiano arrecato alla prole un danno, anche non patrimoniale, accertabile e valutabile secondo gli ordinari criteri”.

3. *Le forti differenze che separano il criterio del diritto vivente e il criterio della non interpretabilità della disposizione e le conseguenze molto diverse che discendono dall'applicazione dell'uno e dell'altro dei due criteri.*

Come già anticipato in precedenza, la Corte nella [sentenza n. 145 del 2020](#) non prende una posizione netta in merito al quesito consistente nel chiarire se la verifica del rispetto del principio di determinatezza ad opera di una disposizione che prevede una sanzione, sì, formalmente amministrativa ma “sostanzialmente penale” debba essere condotta assumendo come parametro di riferimento il criterio della non interpretabilità della disposizione o, invece, quello del diritto vivente.

In questa sede non è di decisivo rilievo sottoporre a fondate critiche o esprimere adesione all'utilizzo in sede di giudizio di costituzionalità dell'uno o dell'altro o addirittura di entrambi questi due criteri²¹.

Che però tali due criteri siano molto diversi e che il ricorso all'uno o all'altro produca conseguenze molto differenti pare fuori discussione²².

Quanto alla diversità fra i criteri in esame, può essere sufficiente rilevare che in base al criterio del diritto vivente il carattere di determinatezza di una disposizione pur *ab origine* in certa misura indeterminata deve ritenersi soddisfatto qualora su di essa si sia consolidata una linea interpretativa presso la giurisprudenza – soprattutto di legittimità²³ – dominante tale da colmare quell'originario deficit di determinatezza²⁴.

L'idea di fondo sottesa all'applicazione di questo criterio è che sia quanto meno ingenuo pensare che il legislatore possa “scolpire” il confine tra lecito ed illecito in maniera così inequivoca da conferire un grado di assoluta univocità e precisione alla disposizione legislativa, la quale è

²¹ In senso critico – anche sulla base di argomentazioni e di motivazioni molto differenti fra di loro – nei confronti del criterio del diritto vivente cfr. F.C. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, spec. 339, 351 e 352; A. PUGIOTTO, *La rivincita di Esposito (legge, regolamento e sindacato di costituzionalità)*, in *Giur. cost.*, 1995, 593-594; A. ODDI, *Ordinamento militare, libertà costituzionali e determinatezza dei reati*, in *Giur. cost.*, 2001, 777-778; D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, cit., 48-49, mentre in senso adesivo nei riguardi del criterio in esame cfr., da ultima, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, partic. 306 e 308-309. Quanto al criterio della non interpretabilità della disposizione, chi scrive in altra sede ne ha, sì, indicato alcuni profili di base verso i quali è possibile esprimere condivisione (cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l'interpretazione tassativizzante*, cit., § 2), ma ne ha al contempo segnalato i ben più rilevanti aspetti di criticità altrove a cui, volendo, si rimanda: cfr. A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, cit., spec. 147 ss.

²² Risulta allora difficile comprendere il motivo per il quale in alcune pronunce la Corte, pur applicando il criterio della non interpretabilità della disposizione, opera richiami a decisioni antecedenti che si erano basate sul criterio del diritto vivente: cfr. per un esempio in tal senso la [sent. n. 141 del 2019](#) su cui vedasi, volendo, A. BONOMI, *Il reato di favoreggiamento della prostituzione e la violazione del principio di determinatezza delle fattispecie criminose: davvero infondata la relativa questione di costituzionalità?*, di imminente pubblicazione in *Dir. soc.*, 2020, n. 3, § 2.

²³ Che il diritto vivente si identifichi fondamentalmente con l'orientamento interpretativo adottato dalla Cassazione si ricava da una nutrita serie di pronunce del Giudice delle leggi: cfr. le dec. [n. 106](#) e [n. 214 del 2004](#), [n. 11 del 2015](#), [n. 102 del 2019](#).

²⁴ Per una lampante applicazione di questo criterio cfr. le dec. [n. 11 del 1989](#) e [n. 122 del 1993](#).

immancabilmente «bisognosa di ulteriori concretizzazioni, prima di poter essere applicata a casi concreti che giacciono al di fuori di quella zona ‘centrale’ univocamente coperta dalla norma, e che siano piuttosto collocabili in una zona ‘grigia’ che il legislatore non può sempre prevedere *ex ante*, e che soltanto la prassi farà successivamente emergere»²⁵; da questa idea di fondo si trae il convincimento secondo cui «non la sola legge stabilisce ciò che è lecito e ciò che è vietato, bensì *la legge così come interpretata dalla giurisprudenza*»²⁶.

In virtù del criterio della non interpretabilità della disposizione, invece, il carattere di determinatezza della disposizione non può ritenersi soddisfatto solo qualora, attraverso il ricorso a tutti gli strumenti ermeneutici di cui può disporre, il giudice non riesca ad attribuire un significato alla disposizione stessa perché i termini che la compongono sono «espressioni linguistiche vuote»²⁷.

Da quanto da ultimo rilevato si può inferire la conclusione che in applicazione del criterio della non interpretabilità della disposizione non si pone proprio neanche un dubbio in termini di *vulnus* al principio di determinatezza nell’ipotesi in cui il giudice riesca – anche tramite l’ausilio di quel particolare “criterio orientativo” comunemente definito interpretazione tassativizzante²⁸ – a conferire alla disposizione un significato.

Relativamente alle conseguenze che discendono dal ricorso all’uno o all’altro dei due criteri si può osservare quanto segue.

In seguito all’applicazione del criterio del diritto vivente possono verificarsi alternativamente tre ipotesi.

La prima è che la giurisprudenza di legittimità abbia stabilmente adottato un’interpretazione della disposizione.

In questa prima ipotesi viene ad essere fortemente limitata la libertà interpretativa del giudice comune²⁹.

Quest’ultimo, all’esito della sua attività ermeneutica, non può nutrire un dubbio in termini di determinatezza in merito alla disposizione e sollevare così la *quaestio*: a questa conclusione osta il diritto vivente consolidato ed uniforme che ha reso la disposizione determinata e la cui appurata esistenza sarebbe di per se stessa ragione sufficiente a motivare una pronuncia d’infondatezza qualora la questione venisse ugualmente sollevata; eppure il diritto vivente potrebbe basarsi su un’opzione interpretativa che, pur rendendo determinata la disposizione, è frutto di una deformazione della stessa in quanto per nulla «*riconducibile al materiale linguistico adoperato dal legislatore*»³⁰.

La seconda ipotesi è che il giudice nutra un dubbio in termini di determinatezza in relazione a una disposizione che sia di “nuova” approvazione e sulla quale, in quanto tale, non si è potuto formare alcun diritto vivente dal momento che la formazione di un orientamento della giurisprudenza di legittimità uniforme e stabile è inevitabilmente legata al decorso di un determinato periodo di tempo.

In questa ipotesi la Consulta, investita della relativa questione di costituzionalità, deve pronunciarsi nel senso dell’inammissibilità: questo si sostiene perché soltanto a seguito di un certo numero di decisioni giudiziarie può eventualmente consolidarsi un diritto vivente capace di sanare la sospetta indeterminatezza, ragion per cui fino a quel momento la decisione processuale è giustificata

²⁵ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, 38.

²⁶ F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I. L’offesa mediante violenza*, Milano, 2002, 179.

²⁷ Così F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale – La fattispecie*, Padova, 1979, 303.

²⁸ Si esprime favorevolmente sul ricorso all’interpretazione tassativizzante V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale e le sue “insidie”*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 371 nota 664, mentre in senso critico su un certo suo utilizzo cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l’interpretazione tassativizzante*, cit., § 2 e § 3.

²⁹ Così anche M. D’AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 368-369.

³⁰ A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4223.

in virtù della mancanza del parametro di costituzionalità, ovverosia dell'impossibilità da parte dell'art. 25 comma 2 Cost. di essere utilizzato come tale³¹.

La terza ipotesi è che l'autorità giudiziaria nutra un dubbio in termini di determinatezza in relazione a una disposizione su cui nel corso del tempo non si sia formato alcun diritto vivente consolidato, ma si siano creati contrastanti orientamenti soprattutto in seno alla giurisprudenza di legittimità.

In virtù della formazione di un certo numero di decisioni giudiziarie in questa ipotesi la questione eventualmente sollevata non può essere dichiarata inammissibile, bensì dev'essere esaminata nel merito e può essere risolta con una sentenza di accoglimento solo nel caso in cui la prospettata indeterminatezza sia ritenuta davvero "assoluta" e dunque "non eliminabile in sede interpretativa"³², mentre nel caso opposto la *quaestio* non può che essere definita con una pronuncia di rigetto.

Ed effettivamente in quest'ultima ipotesi connotata dall'assenza di un diritto vivente consolidato il Giudice delle leggi ha adottato il criterio – molto simile a quello della non interpretabilità della disposizione – in virtù del quale il principio di determinatezza risulta violato unicamente nel caso in cui la Corte appuri che alla disposizione sottoposta al suo vaglio non può essere attribuito "un significato plausibile o certo"³³ o – detta altrimenti – che la stessa, appunto, non è interpretabile³⁴.

L'applicazione del criterio della non interpretabilità della disposizione, invece, fa sì che la verifica della lesione del principio di determinatezza non passi più necessariamente attraverso la funzione «taumaturgica»³⁵ del diritto vivente.

Di conseguenza, indipendentemente e a prescindere dalla formazione di un diritto vivente consolidato sulla disposizione e senza che assuma rilevanza il decorso di un certo periodo di tempo dalla sua approvazione il singolo giudice comune può e, anzi, deve tentare, anche attraverso l'interpretazione tassativizzante, di trarre dalla stessa un significato plausibile.

In riferimento a questo criterio possono verificarsi due ipotesi di cui l'una alternativa all'altra.

La prima è che quel tentativo da parte del giudice abbia esito positivo.

In tal caso il successo dell'interpretazione tassativizzante esclude "a monte" – pena una risposta nel senso dell'infondatezza – la possibilità di sollevare la questione di costituzionalità per lesione del principio di determinatezza.

La seconda ipotesi è che il giudice, nonostante tutti gli sforzi tassativizzanti profusi, non riesca a trarre quel significato.

³¹ Lo sostengono anche F.C. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, cit., 339 e 351-352; A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene*, cit., 4225 e *ivi* nota 83.

³² Così la [sent. n. 472 del 1989](#).

³³ Così la [sent. n. 117 del 1994](#).

³⁴ Non pare dunque condivisibile la tesi (sostenuta da F.C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., 357, nonché da G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 91) che, qualora sussistano contrasti giurisprudenziali, assimila l'ipotesi in cui il giudice *a quo* prospetta alla Corte il dubbio che l'indeterminatezza non sia eliminabile in sede interpretativa e l'ipotesi in cui il giudice *a quo* chieda alla Corte di risolvere una difficoltà interpretativa. Che questa tesi non lasci persuasi si sostiene perché la prima ipotesi è di competenza della Corte che deve valutare nel merito se effettivamente l'indeterminatezza sia eliminabile in sede interpretativa o se sia assoluta, mentre la seconda ipotesi è di competenza del giudice comune al quale soltanto spetta di risolvere un "normale dubbio interpretativo" (così l'[ord. n. 507 del 1989](#)). Eccezion fatta per l'[ord. n. 983 del 1988](#) il cui richiamo risulta non pertinente perché la Corte, una volta accertata l'esistenza di un diritto vivente *supervenienti* rispetto all'ordinanza di rinvio, restituisce gli atti al giudice *a quo* affinché quest'ultimo verifichi se il prospettato dubbio in punto di determinatezza sia stato superato dal diritto vivente, le decisioni costituzionali addotte a sostegno di questa tesi da F.C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., 358 nota 127, nulla hanno a che vedere con la prima ipotesi, ma sono collocabili nella seconda ipotesi: nella [sent. n. 472 del 1989](#) e nell'[ord. n. 507 del 1989](#) dello stesso anno il giudice *a quo* aveva sottoposto alla Corte non un problema di costituzionalità per lesione del principio di determinatezza, bensì un "quesito alternativo" nella misura in cui aveva chiesto alla stessa di indicare quale, fra le interpretazioni della disposizione prospettate, fosse quella corretta, ragion per cui, venendo in considerazione un "compito tipico ed esclusivo del giudice ordinario" (così la [sent. n. 472 del 1989](#)), il Giudice delle leggi adotta la formula processuale dell'inammissibilità.

³⁵ Così F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2742.

In tal caso può essere sollevata la questione di costituzionalità lamentando il difetto di determinatezza e a quel punto possono alternativamente verificarsi due “scenari”: la Consulta accerta che la disposizione è effettivamente non interpretabile e di conseguenza adotta una sentenza d'accoglimento; la Consulta valuta non corretto il “risultato ermeneutico” a cui è addivenuto il giudice *a quo* e così rigetta la *quaestio* al limite – come spesso avviene³⁶ – indicando essa stessa qual è il significato che può essere tratto dalla disposizione e che la rende determinata e facendo dunque essa medesima ricorso – non senza, peraltro, destare varie perplessità di ordine sia teorico sia pratico³⁷ – al criterio ermeneutico dell'interpretazione tassativizzante.

4. *La risposta nebulosa che proviene dalla [sentenza n. 145 del 2020](#) e i possibili scenari futuri.*

Queste differenze fra i due criteri fanno sì che non sia irrilevante decifrare il passaggio, contenuto nella [sentenza n. 145 del 2020](#), secondo il quale non viola il principio di determinatezza “l'uso, nella formula descrittiva dell'illecito sanzionato, di una tecnica esemplificativa oppure di concetti extragiuridici diffusi o, ancora, di dati di esperienza comune o tecnica (così già la [sentenza n. 42 del 1972](#)), *tanto più ove, come nella fattispecie considerata, l'opera maieutica della giurisprudenza, specie di legittimità, consenta di specificare il precetto legale* ([sentenza n. 139 del 2019](#))”.

L'utilizzo dell'espressione “tanto più” in luogo di altra espressione quale, ad esempio, “a condizione che” o “purché” fa propendere per la confermata applicazione, ad opera della Corte, del criterio della non interpretabilità della disposizione: quel “tanto più”, se preso alla lettera, sembra indicare che il diritto vivente non assume affatto il ruolo di supplire all'imprecisione “congenita” della disposizione colmando il suo originario deficit di determinatezza, ma semmai può al massimo rilevare solo come elemento di conferma della possibilità di conferire un significato ad essa.

Tuttavia, alla conclusione opposta si perviene qualora si consideri che nel caso specifico la Corte in effetti non spende una parola al fine di dimostrare che l'espressione linguistica “atti che comunque arrechino pregiudizio al minore” non è insuscettibile di interpretazione mediante il ricorso da parte del giudice ai criteri ermeneutici di cui dispone, ma nega fondamento al dubbio relativo alla lesione del principio di determinatezza facendo riferimento unicamente al diritto vivente costituito dalla lettura offerta da parte della Cassazione della disposizione impugnata.

Forse la risposta allo stato attuale più attendibile è che la Corte intenda mantenere il criterio della non interpretabilità della disposizione in riferimento alle disposizioni *stricto sensu* incriminatrici, mentre sia proclive a conferire un peso maggiore al diritto vivente per le disposizioni che prevedono sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente punitive.

A conferma di questa lettura potrebbero essere adottate due decisioni della Corte costituzionale.

La prima è la [sentenza n. 24 del 2019](#) in materia di misure di prevenzione.

³⁶ Cfr., a titolo puramente esemplificativo, le [sentt. n. 327 del 2008](#) (in cui la Corte utilizza il criterio ermeneutico dell'interpretazione tassativizzante al fine di conferire determinatezza al termine “disastro” e dunque di salvare dalla dichiarazione d'incostituzionalità l'art. 434 cod. pen. nella parte in cui punisce il cosiddetto disastro innominato) e [n. 172 del 2014](#) (in cui la Corte si dilunga in sede di motivazione in un vero e proprio “chiarimento” dei “concetti” di “reiterazione”, di “grave e perdurante” stato di ansia o di paura e di “fondato” timore per l'incolumità presenti nell'art. 612-*bis* cod. pen. e dunque fa ricorso al criterio ermeneutico dell'interpretazione tassativizzante al fine di rendere determinata la fattispecie criminosa degli “Atti persecutori”).

³⁷ Su tali perplessità cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, cit., 166 ss., partic. 167-168 (laddove chi scrive ha evidenziato le ragioni in virtù delle quali questa operazione del Giudice delle leggi è di scarsa utilità pratica), nonché 167 note 122 (per indicazioni più precise dei commentatori che hanno sollevato dubbi di ordine teorico-costituzionale al ricorso da parte della Consulta all'interpretazione tassativizzante e delle motivazioni sulla base delle quali tali dubbi sono stati avanzati) e 123 (laddove chi scrive ha esplicitato le conseguenze seriamente problematiche che nascono ogniqualvolta la Consulta si esprima in riferimento ad una questione di costituzionalità sollevata in ordine ad una disposizione penale con una decisione di non fondatezza basata su un'interpretazione – esplicitata nel dispositivo o addirittura “mascherata” in sede di motivazione – di quella disposizione diversa da quella assunta dal giudice *a quo* e tale che la renderebbe conforme a Costituzione).

In quella pronuncia la Corte in merito all'esigenza di determinatezza chiarisce che al di fuori della materia penale – da intendersi come quella *stricto sensu* tale – “non può del tutto escludersi che [essa] possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate... da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione”.

La seconda è la [sentenza n. 139 del 2019](#) richiamata non a caso nella stessa [pronuncia n. 145 del 2020](#).

In quell'occasione veniva in considerazione non una disposizione espressiva di un potere sanzionatorio, bensì una disposizione – l'art. 96, comma 3 cod. proc. civ. – che contempla una prestazione patrimoniale in favore della parte vittoriosa nella controversia civile e a carico della parte soccombente e dunque uno “strumento” che, in quanto connotato da una “concorrente finalità indennitaria”, non si identifica con una sanzione in senso stretto.

La Corte rileva che la disposizione, nella misura in cui assegna al giudice il compito di quantificare quella prestazione patrimoniale sulla base di un criterio equitativo, “ha fatto affidamento sulla giurisprudenza che, nell'attività maieutica di formazione del diritto vivente, soprattutto della Corte di cassazione..., può specificare... il precetto legale”³⁸.

Sembra dunque ragionevole poter inferire dal passo della [sentenza n. 145 del 2020](#) in cui viene fatto riferimento all'“opera maieutica” del diritto vivente che in ordine alla disposizione che prevede una sanzione formalmente amministrativa ma “sostanzialmente punitiva” ai fini della verifica del rispetto del principio di determinatezza assume un peso rilevante l'avvenuta formazione di un diritto vivente consolidato.

Anche ammettendo che questa sia la lettura da dare a questo passo della pronuncia, un interrogativo rimane comunque aperto.

Nulla quaestio qualora su quella disposizione, in luogo di un diritto vivente consolidato, si fossero formati contrastanti orientamenti giurisprudenziali: è chiaro che in questo caso la Corte dovrebbe applicare il criterio della non interpretabilità della disposizione.

Ma, qualora si fosse consolidato un diritto vivente uniforme, a quest'ultimo dovrebbe essere attribuito un rilievo soltanto molto marcato o assolutamente decisivo?

Se la risposta a questo quesito fosse nel secondo senso, ne conseguirebbe il recupero totale del criterio del diritto vivente e se ne dovrebbe trarre la conclusione che quando viene in considerazione una disposizione che contempla una sanzione “sostanzialmente penale” ne risulta fortemente limitata la libertà interpretativa del giudice: quest'ultimo non potrebbe nutrire il dubbio che quella disposizione sia indeterminata e sollevare così la *quaestio* qualora si fosse consolidato un orientamento giurisprudenziale che ha tratto dalla stessa un significato tale da renderla determinata; se la questione fosse sollevata, la Corte presumibilmente la dichiarerebbe infondata.

Se – come, ad avviso di chi scrive, è auspicabile – la risposta fosse nel senso che il diritto vivente assume un ruolo giammai decisivo ma solo più “intenso” rispetto a quello che allo stesso deve essere attribuito quando a venire in considerazione è una disposizione incriminatrice, non sarebbe da escludere che la Consulta, pur dopo aver assodato la formazione sulla disposizione “sostanzialmente punitiva” di un diritto vivente uniforme idoneo a renderla determinata, possa comunque accogliere la questione di costituzionalità ritenendo, ad esempio, che quel diritto vivente sia il frutto di uno stravolgimento della lettera della stessa disposizione o di un'operazione analogica³⁹.

³⁸ La [sent. n. 139 del 2019](#) dimostra, fra l'altro, che i giudici costituzionali intendono allargare – secondo quanto auspicato già in passato da alcuni commentatori: cfr. M. BOSCARELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXIII, Roma, 1990, 5 – oltre l'art. 25, comma 2 Cost. la sfera d'applicazione del principio di determinatezza, la quale finisce per abbracciare anche l'art. 23 Cost.

³⁹ Del resto, è proprio il ruolo decisivo attribuito al diritto vivente a far sì che «qualsiasi interpretazione scorretta (ad esempio, perché frutto di operazioni analogiche della giurisprudenza, o di letture che non tengano conto del criterio sistematico o di quello finalistico) potrebbe sempre ricevere una validazione postuma per la via della semplice “reiterazione dell'errore”»: così D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, cit., 48-49.

Non solo, ma la risposta a quell'interrogativo ha un'incidenza anche in riferimento all'ipotesi in cui la disposizione che prevede una sanzione "sostanzialmente punitiva" sia di nuova approvazione e dunque sulla stessa non si sia potuto formare alcun diritto vivente a causa del mancato decorso di un certo periodo di tempo.

È evidente infatti che, se il diritto vivente assume un rilievo determinante, per i motivi già esplicitati in precedenza nel corso di questo scritto il Giudice delle leggi, eventualmente investito della *quaestio* per sospetta lesione del principio di determinatezza, deve dichiararla inammissibile; se, al contrario, al diritto vivente è da conferire un peso più accentuato ma non determinante, i giudici costituzionali non possono liquidare quella questione con la formula dell'inammissibilità, ma devono valutarla nel merito applicando unicamente il criterio della non interpretabilità della disposizione.

Saranno – come sempre – solo i futuri sviluppi della giurisprudenza costituzionale a svelare se all'"opera maieutica" del diritto vivente debba essere conferito un rilievo molto forte ma non determinante o, al contrario, assolutamente decisivo.

Andrea Conzutti
**“Furbetti del cartellino” e automatismo espulsivo:
l’insostenibile leggerezza dell’interpretazione adeguatrice
(traendo spunto da [Corte cost. n. 123 del 2020](#))***

ABSTRACT: *The aim of this paper is to analyze the recent decision of the Constitutional Court, n. 123 of 2020, concerning the automatic lay off of the public employee in case of false attestation of his presence in service. In particular, the study focuses on the issue of the interpretation according to the Constitution and its limits, especially the letter of the law. In addition, the Author criticizes the current trend of the Court to sanction with inadmissibility the referring judge who did not adhere to the prevailing hermeneutic approach. Finally, some comments are proposed regarding the (in)admissibility of the Constitutional Court’s review on choices involving the use of discretion, exclusively reserved to the Parliament.*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L’esegesi dottrinale e giurisprudenziale. - 3. L’avverbio “comunque” come insuperabile limite testuale all’interpretazione costituzionalmente conforme. - 4. Una notazione conclusiva: l’inammissibilità quale sanzione per il giudice che non aderisce all’indirizzo interpretativo prevalente.

1. *Premessa.*

Con la [sentenza n. 123 del 2020](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l’inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell’art. 55-*quater*, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, rubricato “Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”, sollevata dal Tribunale ordinario di Vibo Valentia, in funzione di giudice del lavoro¹.

Il giudice di *prime cure* aveva lamentato l’incostituzionalità della normativa in parola nella misura in cui prevedeva (e tuttora prevede) una fattispecie automatica di licenziamento disciplinare, non sindacabile dal giudice dell’impugnazione sotto il profilo della proporzionalità in concreto². Il summenzionato art. 55-*quater* si limita infatti a disporre: «ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi:

a) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l’alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente [...]».

La disposizione è, pertanto, estremamente chiara nel prescrivere che, in caso di falsa attestazione della presenza in servizio del pubblico dipendente mediante alterazione dei sistemi di rilevamento o

*Contributo sottoposto a referaggio.

¹ Il giudizio *a quo* verteva sull’impugnazione del licenziamento disciplinare di un dipendente civile del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in servizio presso la Capitaneria di Porto di Vibo Valentia Marina, sanzione comminata al lavoratore per avere egli falsamente attestato la sua presenza in ufficio, durante quattro giorni del mese di settembre 2018.

² Si tratta, a ben guardare, di un’ipotesi di “automatismo legislativo”, espressione con cui si suole indicare «qualsiasi regola rigida e non altrimenti modulabile che impone al verificarsi di una data circostanza il prodursi di un preciso effetto giuridico», così, testualmente, A. LO CALZO, *Illeciti e sanzioni disciplinari del magistrato tra automatismi legislativi e recenti interventi della Corte costituzionale*, in questa [Rivista, Studi 2019/III](#), 748.

Sotto il profilo della legittimità costituzionale degli automatismi legislativi e, in particolare, espulsivi, per tutti, A. PACE, *Procedimento giurisdizionale in materia disciplinare e deroga al principio di pubblicità*, in *Giur. cost.*, n. 3 del 1993, 1723 ss.; L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), n. 3 del 2014, 16 ss.; S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), n. 1 del 2018, 19 ss.; C. PINELLI, *La tutela della Corte contro il ricorso ad automatismi legislativi nella determinazione dell’indennità in caso di licenziamento illegittimo*, in *Giur. cost.*, n. 6 del 2018, 2363 ss.; L. PACE, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, Napoli, 2020; N. MORGESE, *La falsa attestazione della presenza in servizio del dipendente pubblico fra presunzione di mala fede e automatismo sanzionatorio*, in [Giustizia Civile.com](#), n. 6 del 2020, 1 ss.

con altre modalità fraudolente, la sanzione disciplinare del licenziamento debba applicarsi “comunque”³.

Tale prescrizione, nella visione del rimettente, violerebbe plurimi parametri costituzionali.

Innanzitutto, l’art. 3, comma 1, Cost., in quanto il principio di eguaglianza e ragionevolezza esigerebbe che sia sempre conservata, in capo tanto all’organo di disciplina quanto al giudice dell’impugnazione, la valutazione concreta circa la proporzionalità della sanzione.

Inoltre, gli artt. 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost., atteso che la preclusione del sindacato giurisdizionale circa la congruità del licenziamento disciplinare confliggerebbe con la tutela costituzionale dell’effettività del diritto al lavoro.

Ancora, l’art. 24, comma 1, Cost., in quanto negando al giudice dell’impugnazione la possibilità di valutare la congruità e la proporzionalità della sanzione espulsiva in relazione al coefficiente psicologico ed alla gravità oggettiva della condotta del lavoratore, impedirebbe a quest’ultimo di esercitare pienamente il proprio diritto di difesa in giudizio.

Infine, l’art. 117, comma 1, Cost., in considerazione del fatto che l’automatismo insindacabile in parola lederebbe il diritto del lavoratore ad una tutela effettiva in caso di licenziamento, di cui all’art. 24 della Carta sociale europea⁴.

2. *L’esegesi dottrinale e giurisprudenziale.*

La questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo*, corroborata da un solido impianto argomentativo tanto in punto di rilevanza quanto di non manifesta infondatezza, pare largamente condivisibile. Nondimeno la Corte costituzionale - respingendo piuttosto seccamente i dubbi disseminati dal rimettente - ne ha decretato l’inammissibilità. In particolare, ciò che viene rimproverato al rimettente è la mancata considerazione della persuasività del prevalente orientamento interpretativo, di matrice tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, ad avviso del quale sarebbe praticabile un’interpretazione adeguatrice idonea a consentire il sindacato di proporzionalità sulla sanzione espulsiva, in tal modo assicurando la conformità della disposizione censurata al dettato costituzionale⁵.

Il Giudice delle leggi rileva che «già all’indomani della riforma del 2009, la dottrina si è interrogata sul valore esegetico dell’avverbio «comunque», impiegato dal nuovo art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165 del 2001, maturando l’opinione, largamente condivisa, che questo dato letterale non possa di per sé definire un automatismo espulsivo, contrario alla giurisprudenza costituzionale sulla proporzionalità sanzionatoria»⁶. La Corte soggiunge che proprio la dottrina, al fine di escludere l’automatismo espulsivo, ha «valorizzato la circostanza che l’art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001, pur dopo aver attribuito, nel comma 1, forza imperativa alle disposizioni dell’art. 55-*quater*, continui a richiamare,

³ La disposizione censurata è stata introdotta dall’art. 69, comma 1, del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, rubricato “Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni”.

⁴ Sulla Carta sociale europea si rinvia a G. GUIGLIA, *La rilevanza della Carta sociale europea nell’ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in [Federalismi.it](#), n. 18 del 2013, 32 ss.; G. MONACO, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, Cedu e Carta sociale europea*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2020, 146 ss.; L. PANELLA, *La Carta Sociale Europea come parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale ex art. 117, co. 1 Cost. "Revirement" della Corte Costituzionale o ambigui progressi in materia di parità tra fonti internazionali?*, in [OIDU - Ordine Internazionale e Diritti Umani](#), n. 1 del 2020, 26 ss.

⁵ Il criterio dell’“interpretazione conforme” ha stimolato ampi dibattiti, si vedano, tra gli altri, S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004; R. BIN, *L’applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l’interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in AA.Vv., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 206 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali*, IX, Milano, 2016, 391- 476.

⁶ Corte cost., [sent. n. 123 del 2020](#), paragrafo 3.2.1 del Considerato in diritto.

nel comma 2, la necessaria applicazione dell'art. 2106 cod. civ., e quindi il canone generale di proporzionalità delle sanzioni disciplinari rispetto alla «gravità dell'infrazione».⁷

In tale cornice non si può fare a meno di rimarcare la singolarità del peso che l'esegesi dottrinale pare rivestire nel ragionamento del Giudice costituzionale. Come noto, la Corte, nel saggiare la praticabilità nonché i limiti di una possibile interpretazione adeguatrice, è solita riferirsi agli approdi interpretativi fatti propri dal "diritto vivente". Sintagma, quest'ultimo, che designa il «"sistema giurisprudenziale" formatosi, nel difetto di espresse disposizioni», ossia il significato normativo in cui la disposizione "vive" nella realtà giurisprudenziale⁸. Accanto, però, all'interpretazione giurisprudenziale, non può, a ben riflettere, dimenticarsi l'opera ermeneutica svolta dal "formante" dottrinale, il quale pare sicuramente in grado di fornire il proprio contributo all'attività di estrapolazione di norme che non si pongano in distonia con il dettato costituzionale.

L'esplicito richiamo all'apporto fornito dalla riflessione teorica costituisce un approccio che, specie in tema di interpretazione conforme a Costituzione, la giurisprudenza della nostra Corte non ha spesso coltivato⁹. Questa pronuncia pare degna di nota per una certa inversione di tendenza volta ad attribuire un peculiare peso specifico alla posizione espressa dalla dottrina dominante¹⁰. L'interpretazione adeguatrice sostenuta dalla maggior parte della dottrina è stata poi accolta dalla giurisprudenza e si è consolidata in "diritto vivente" presso la sezione lavoro della Corte di cassazione. Più nello specifico, la Corte di cassazione fonda il proprio indirizzo giurisprudenziale su due ordini di ragioni. Il primo consiste nel riferire l'avverbio "comunque" alla dialettica interna tra le fonti del rapporto di lavoro, rinvenendo in esso «un ostacolo imperativo a qualunque limitazione di fonte pattizia circa la titolarità astratta del potere datoriale di licenziamento nelle fattispecie tipizzate dal legislatore, ma non anche un impedimento al sindacato giurisdizionale sull'esercizio concreto e proporzionato del potere medesimo».¹¹ Il secondo si fonda, invece, sull'interpretazione

⁷ *Ibidem*.

Difatti, il secondo comma dell'art. 55 del decreto legislativo n. 165 del 2001 recita «Ferma la disciplina in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, ai rapporti di lavoro di cui al comma 1 si applica l'articolo 2106 del codice civile. Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi».

⁸ V. Corte cost., [sent. n. 276 del 1974](#).

⁹ Sulla rarità dei richiami alle fonti dottrinali nelle pronunce, almeno iniziali, della Corte Costituzionale, molto efficacemente, L. SALVATO, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](#), 2015; F. RINALDI, *Sono costituzionali le normative che vietano la citazione della dottrina nelle sentenze? Brevi riflessioni tra storia del diritto e diritto comparato con particolare riferimento al "processo" costituzionale*, in S. BAGNI, G. A. FIGUEROA MEJÍA, G. PAVANI, *La Ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Ciudad de Mexico, 2017, 1393 ss.

Non può, peraltro, nascondersi che, ancorché nella giurisprudenza costituzionale i riferimenti diretti alle interpretazioni partorite dalla dottrina appaiano piuttosto rari, la riflessione scientifica produce nondimeno un'influenza "indiretta". Difatti da un lato le posizioni dottrinali, considerate maggiormente persuasive, finiscono, spesse volte, per essere attinte dagli stessi giudici, cristallizzandosi in veri e propri orientamenti giurisprudenziali. Dall'altro - nel giudizio costituzionale in particolare - il giurista, l'accademico, rappresenta la figura maggiormente privilegiata nell'accesso alla Corte costituzionale, sicché finirà necessariamente per portare in essa il frutto della propria riflessione giuridica.

Per osservazioni in tale senso, lucidamente, U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 2010, 198, secondo cui è puerile immaginare che la mancanza di riferimenti espliciti ad un'opera di dottrina stia a significare che la dottrina sia irrilevante nella determinazione della controversia. Ma si vedano anche, in senso conforme, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma - Bari, 2012, 41; F. RINALDI, *Sono costituzionali le normative che vietano la citazione della dottrina nelle sentenze? Brevi riflessioni tra storia del diritto e diritto comparato con particolare riferimento al "processo" costituzionale*, cit., 5-6.

¹⁰ La pronuncia più remota che sembra esprimere un approccio favorevole ai richiami dell'elaborazione dottrinale è stata la [sentenza n. 286 del 1974](#) con cui la Corte ha osservato che «dottrina e giurisprudenza pressoché univoche ritengono che non basti un qualunque fuoco volontariamente appiccato su cosa altrui perché si verifichi l'elemento materiale del delitto di incendio». Invero ai rimandi dottrinali i Giudici costituzionali hanno fatto ricorso, sia pure in modo non sempre chiaro ed univoco, anche in altre occasioni: sentt. nn. [92 del 1982](#); [72 del 1983](#); [40 del 1984](#); [56 del 1985](#); [184 del 1986](#); [286 del 1995](#); [308 del 2008](#); [178 del 2009](#); [239 del 2014](#).

¹¹ Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. lavoro, sentt. 26 gennaio 2016, n. 1351; 24 agosto 2016, n. 17304; 25 agosto 2016, n. 17335; 19 settembre 2016, n. 18326; 1° dicembre 2016, n. 24574; 14 dicembre 2016, n. 25750; 16 aprile 2018, n. 9314; 11 settembre 2018, n. 22075.

della tipizzazione delle fattispecie di licenziamento, di cui all'art. 55-*quater*, quale dispositivo di inversione dell'*onus probandi*¹².

Effettivamente la Corte di cassazione, escluso che la tipizzazione legale delle fattispecie di licenziamento disciplinare implichi un automatismo refrattario alla verifica giurisdizionale di congruità, ricollega a quest'ultima un'inversione dell'onere della prova, accollando in capo al dipendente l'onere di dimostrare la sussistenza di elementi fattuali idonei a superare la presunzione legale di gravità dell'illecito in parola¹³. In altri termini, ad avviso del Giudice di legittimità, anche in presenza di uno degli illeciti elencati dalla disposizione in commento, l'amministrazione sarebbe, pur sempre, tenuta a svolgere il procedimento disciplinare all'esito del quale, valutate tutte le circostanze del caso concreto e, in particolare, la sussistenza dell'elemento intenzionale o colposo, potrebbe irrogare anche una sanzione conservativa¹⁴.

Alla luce delle considerazioni svolte, il Tribunale di Vibo Valentia - a detta del Giudice *ad quem* - avrebbe sollevato l'incidente di costituzionalità proprio con l'intenzione di promuovere un assetto normativo coincidente con quello sotteso all'interpretazione dallo stesso non praticata: ossia un quadro normativo che garantisca un sindacato giurisdizionale in merito alla concreta proporzionalità del licenziamento¹⁵. Avendo quindi constatato la mancanza - da parte del rimettente - di un esame delle alternative ermeneutiche sul tappeto, la Corte ha optato per una secca pronuncia di inammissibilità¹⁶. Del resto, la Corte esclude «di poter essere chiamata a scrutinare una norma di legge in un'attribuzione di significato che, ad avviso del giudice *a quo*, la renderebbe costituzionalmente illegittima, quando invece la giurisprudenza prevalente fornisce della medesima norma una lettura conforme all'assetto auspicato dal rimettente»¹⁷.

3. L'avverbio “comunque” quale insuperabile limite testuale all'interpretazione costituzionalmente conforme.

La pronuncia in esame presenta, indubbiamente, il lodevole pregio di non incidere sul punto di equilibrio fra principi, diritti e interessi costituzionali coinvolti - fra tutti, quelli di uguaglianza, ragionevolezza ed interesse pubblico alla repressione di illeciti di indeclinabile gravità - raggiunto (faticosamente) dalla giurisprudenza di legittimità attraverso l'individuazione, mediante interpretazione conforme, di una “norma” che costituisce ormai diritto vivente giurisprudenziale e che predica un insopprimibile vaglio di proporzionalità su questa (e qualsiasi altra) fattispecie di destituzione di diritto. Si tratta, invero, di un punto di equilibrio che, oltre ad essere condiviso dalla dottrina maggioritaria, appare coerente anche con la stessa giurisprudenza costituzionale sugli “automatismi” legislativi in materia di licenziamento disciplinare. Nondimeno, non ci si può esimere dal rilevare come la decisione di inammissibilità adottata dal Giudice delle leggi sollevi diversi dubbi, soprattutto sotto il versante della garanzia costituzionale dell'equilibrio fra i poteri e, principalmente, dei limiti da opporre all'interpretazione conforme per salvaguardare la sfera di attribuzioni del

¹² In argomento, Cass., sez. lavoro, sentt. 24 agosto 2016, n. 17304; 19 settembre 2016, n. 18326; 11 settembre 2018, n. 22075; 11 luglio 2019, n. 18699.

¹³ Non sono rari i casi in cui la Corte costituzionale, nell'adottare una pronuncia di inammissibilità, dà conto di orientamenti giurisprudenziali non adeguatamente scandagliati dal giudice di *prime cure*. Cfr. Corte cost., ordd. nn. [3](#), [259](#), [380](#), [403](#), [422](#) del 2008.

¹⁴ V. Cass., sent. 19 settembre 2016, n. 18326.

¹⁵ Per quanto attiene all'inammissibilità per mancato esperimento dell'interpretazione adeguatrice, in giurisprudenza, la [sent. n. 356 del 1996](#) viene considerata quale vero e proprio *leading case*. Così si esprimono, tra gli altri, M. R. MORELLI, *Sulla doverosità del previo esperimento della interpretazione correttiva come requisito di ammissibilità dell'incidente di legittimità, e sulle conseguenze della sua elusione*, in *Giustizia Civile*, n. 4 del 1996, 1177; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006.

Sul tema, altresì, L. CARLASSARE, *Le questioni inammissibili e la loro riproposizione*, in AA. Vv., *Scritti in Onore di Veio Crisafulli*, vol. I, Padova, 1985, 133 ss..

¹⁶ Si veda, sul punto, Corte cost., [sent. n. 253 del 2017](#).

¹⁷ Così testualmente Corte cost., [sent. n. 21 del 2013](#).

legislatore e della Corte costituzionale, sui quali la presente trattazione intende specificamente incentrarsi.

L'intento che ha condotto il giudice di *prime cure* ad adire la Corte è stato quello di consentire un sindacato di proporzionalità sulla sanzione espulsiva. Detto scrutinio, tuttavia, non pare possa in alcun modo raggiungersi in forza di un'interpretazione orientata a Costituzione, stanti gli evidenti ostacoli insiti nella stessa lettera della legge¹⁸. È proprio questa la ragione sottesa all'atto di promovimento: l'impraticabilità di una soluzione ermeneutica effettivamente conciliabile con il dettato costituzionale¹⁹. In tale ottica, non può ragionevolmente negarsi che laddove il nostro legislatore afferma che, in caso di falsa attestazione della presenza in servizio del pubblico dipendente, il licenziamento disciplinare si applichi "comunque", intende escludere espressamente qualsivoglia vaglio giurisdizionale sull'esercizio concreto del potere datoriale di licenziamento²⁰.

Il tenore letterale della proposizione preclude, evidentemente, interpretazioni orientate a Costituzione, introducendo un chiaro automatismo sanzionatorio²¹. Proprio con riguardo al testo della disposizione il rimettente soggiunge che l'«utilizzo del modo verbale indicativo e del tempo presente - in funzione deontica - unitamente all'impiego dell'avverbio "comunque" inibiscono letture alternative della disposizione»²². Il perimetro dell'interpretazione adeguatrice, seguendo un orientamento che ha invero conosciuto numerose manifestazioni giurisprudenziali, deve rinvenirsi nella lettera del testo legislativo. Tant'è che «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»²³. Non è possibile «leggere nella disposizione quello che non c'è, anche quando la

¹⁸ *Ex pluribus*, Corte cost., [sent. n. 109 del 1989](#). Per altri esempi in tale senso si vedano Corte cost., [sent. n. 28 del 2010](#), dove i Giudici costituzionali vengono ad affermare che l'interpretazione conforme non è praticabile quando «contraddice ciò che chiaramente emerge dal testo della disposizione censurata»; nonché Corte cost., [sent. n. 239 del 2009](#), a mente della quale «solo ove l'adeguamento interpretativo che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge».

¹⁹ Sul dovere del giudice, nell'individuare la norma conforme a Costituzione, di rimanere nell'ambito della cornice testuale della disposizione, si rinvia a R. BIN, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, cit., 201 ss. In senso conforme anche F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, 2011.

²⁰ Scelta di politica legislativa che, è stato sottolineato dallo stesso Giudice delle leggi, «si iscrive nel piano di riforma che il legislatore del 2009 ha orientato al recupero della produttività del lavoro pubblico, obiettivo perseguito anche mediante il contrasto del fenomeno dell'assenteismo». Così, testualmente, Corte cost., [sent. n. 123 del 2020](#), paragrafo 3.2 del Considerato in diritto.

Per quanto attiene ai limiti dell'interpretazione adeguatrice, diffusamente, A. PACE, *I limiti dell'interpretazione «adeguatrice»*, in *Giur. cost.*, 1963, 1066 ss.; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE e C. COLAPIETRO (cur.), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive*, Torino, 2008, 89 ss.; M. D'AMICO e B. RANDAZZO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno di Milano, 6-7 giugno 2008, Torino, 2009; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011; M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in [Rivista AIC](#), 2014.

²¹ Laddove, per converso, è pacifico che il dovere di interpretazione conforme possa essere fatto valere esclusivamente quando l'esito interpretativo si configuri come armonico nonché «a portata di mano del giudice». Così, testualmente, G. SORRENTI, *La Costituzione "sottintesa"*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici: atti del Seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta*, 6 novembre 2009, Milano, 2010.

²² Corte Cost., [sent. n. 123 del 2020](#), paragrafo 2.2 del Considerato in diritto.

Per un quadro di sintesi sui problemi legati all'attività ermeneutica si rinvia, senza pretese di esaustività, a V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, 1964, 195-209; G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, n. 2 del 1970, 904 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della Legge*, Milano, 1980; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004.

Appare, pertanto, questa la rigida cornice testuale entro il perimetro della quale deve svolgersi l'attività ermeneutica dell'interprete. Sull'idea, in base alla quale, ogni disposizione ammette una "cornice" (ted. Rahmen) di significati, H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1934), in R. Treves (cur.), Torino, 1956.

²³ Cfr. Corte cost., sentt. nn. [219 del 2008](#); [26 del 2010](#); [28 del 2010](#); [78 del 2012](#); [91 del 2013](#); [232 del 2013](#) e [ord. n. 112 del 2013](#). In dottrina, F. DELÙ, *L'interpretazione conforme e i suoi limiti: confronto tra Italia e Regno Unito*,

Costituzione vorrebbe che vi fosse», dal momento che l'*interpretazione conforme* deve necessariamente rispettare i rigidi confini della cornice testuale per non incorrere nel rischio di trasformare detto canone ermeneutico in un esito sostanzialmente “paranormativo” tale da far acquisire all’organo giudiziario un potere che l’assetto costituzionale non gli riconosce²⁴.

Ad un’attenta osservazione, risulta dunque evidente come il rispetto del tenore lessicale della disposizione venga, nel caso, irrimediabilmente tradito laddove si intenda seguire l’esperimento ermeneutico (*contra legem*) praticato dall’organo della nomofilachia e fatto proprio, seppur indirettamente, dalla Corte costituzionale²⁵. Pertanto, non può estrapolarsi dalla disposizione di cui all’art. 55-*quater* una norma diversa da quella prospettata dal rimettente: ovverosia quella che dispone l’esclusione per il giudice dell’impugnazione del potere di sindacare la concreta proporzionalità del licenziamento, verificandone la qualità di “giusta sanzione” alla luce dell’art. 2106 del Codice civile²⁶.

Un ulteriore aspetto merita di essere evidenziato. Assunto che la “resistenza ermeneutica” del testo impedisce all’interprete di conciliare la fonte condizionata (la disposizione scrutinata) con la fonte condizionante (la Costituzione), il giudice *a quo* ha correttamente fatto ricorso al vaglio della Corte, proprio affinché quest’ultima rimuovesse l’ostacolo, non superabile in sede di interpretazione conforme²⁷. L’unico modo ammissibile, nel nostro sistema costituzionale, per escludere l’automatismo sanzionatorio, è in effetti un intervento, anche “chirurgico”, della Corte costituzionale. La giurisprudenza del Giudice delle leggi a tale riguardo è pacifica nel ravvisare che «la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell’interpretazione conforme, non consente in via interpretativa di conseguire l’effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre»²⁸. Pertanto, laddove la Corte avesse voluto escludere

Relazione per il Quinto seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi in materie gius-pubblicistiche - Roma, 30 settembre 2016, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), n. 3 del 2016, 4 ss.

²⁴ Così si esprime M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione «conforme a»*, cit., 420.

Cfr. Corte cost., [ord. n. 431 del 2006](#), perentoria nell’escludere che nell’adempimento dell’attività ermeneutica si possa evadere dalla lettera della legge. Ma *contra* già Corte cost., [sent. n. 343 del 2006](#) in cui, per converso, si rimprovera al giudice *a quo* un’interpretazione troppo legata ai dati letterali. Su quest’ultima si vedano le osservazioni di M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell’interpretazione*, in *Giur. cost.*, n. 5 del 2006, 3418 ss.; A. PACE, *Postilla. Sul dovere della Corte costituzionale di adottare sentenze di accoglimento (se del caso, «interpretative» e «additive») quando l’incostituzionalità stia nella «lettera» della disposizione*, in *Giur. cost.*, n. 5 del 2006, 3428 ss.

Sul rischio, paventato in dottrina, per cui l’interpretazione conforme potrebbe trasformarsi in una sorta di “normazione mascherata” ad opera del giudice ordinario, superando, così, i confini di una chiara indicazione legislativa, M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione «conforme a»*, cit., 420 ss.

²⁵ Cfr., a riguardo, G. SORRENTI, *Le dinamiche dell’«interpretazione conforme» tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, in *Studium iuris*, n. 3 del 2008, 284 ss.

In relazione ad ulteriori ipotesi in cui la Corte costituzionale ha forzato il dato testuale della disposizione sottoposta a censura si veda Corte cost., [sent. n. 387 del 1999](#), laddove i Giudici costituzionali hanno riconosciuto che la dizione “altro grado” andasse interpretata nel senso - conforme a Costituzione - di ricomprendere, altresì, un’ulteriore fase processuale. Per pronunce di analogo tenore, si vedano anche Corte cost., sentt. nn. [140 del 2006](#); [343 del 2006](#); [379 del 2007](#); [308 del 2008](#).

A proposito del diritto, rivendicato dalla Corte costituzionale, di interpretare le disposizioni sottoposte al suo scrutinio, V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l’interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, n. 4 del 1956, 929 ss.

²⁶ Il quale dispone che «L’inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo all’applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell’infrazione [e in conformità delle norme corporative]».

²⁷ *Contra* F. MODUGNO, *In difesa dell’interpretazione conforme a Costituzione*, cit. 470, secondo cui «In generale non ha alcun senso sostenere che l’interpretazione conforme sia limitata dalla c.d. interpretazione letterale: tanto varrebbe negare, in teoria generale, ogni interpretazione dissociativa, estensiva o restrittiva, delle disposizioni legislative».

Per la felice espressione relativa alla “resistenza ermeneutica” del testo si rinvia a V. MANES, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Archivio penale*, n. 1 del 2012, 16.

²⁸ Così Corte cost., [sent. n. 110 del 2012](#). Cfr., a riguardo, anche Corte cost., sentt. nn. [219 del 2008](#); [1 del 2013](#); [36 del 2016](#).

l'automatismo espulsivo oggetto dell'ordinanza di rimessione, avrebbe dovuto ricorrere ad una declaratoria di incostituzionalità²⁹.

Il Presidente della Corte ha chiaramente osservato che «il potere interpretativo dei giudici [...] non può spingersi oltre il confine che gli è connaturato, neppure quando ciò accade al fine di orientare l'ordinamento verso i principi costituzionali, perché, di fronte a un insuperabile ostacolo che viene dalla lettera della legge, ovvero dal contesto logico-giuridico nel quale essa si inserisce, compete solo alla Corte intervenire»³⁰. Il Giudice costituzionale avrebbe potuto quindi optare - in alternativa alla sentenza di inammissibilità - per una pronuncia additiva, censurando l'art. 55-*quater* “nella parte in cui non” prevede ciò che sarebbe costituzionalmente necessario prevedere: ossia un sindacato di proporzionalità sulla sanzione espulsiva³¹. Una pronuncia di tale fatta avrebbe peraltro avuto il merito di salvaguardare, al contempo, tanto l'equilibrio fra poteri (legislativo e giudiziario) quanto quello fra diritti ed interessi costituzionalmente rilevanti in gioco.

Non si può negare che nell'approccio della Corte la dichiarazione di incostituzionalità viene considerata alla stregua di una vera e propria *extrema ratio*: «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali [...] ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»³². Nondimeno, non pare da condividere la scelta del Giudice costituzionale - cristallizzatasi nella pronuncia [n. 123 del 2020](#) - di evitare la declaratoria di illegittimità costituzionale ammettendo l'estrapolazione dal testo della disposizione di una norma palesemente contraddetta dalla stessa *littera legis*³³.

Quanto precede deve essere ricordato con l'incidenza della c.d. dottrina del “diritto vivente”, ossia con un'interpretazione tramutatasi in un orientamento consolidato in seno alla giurisprudenza maggioritaria. La sentenza [n. 123 del 2020](#) mette in evidenza come la Corte sembri maggiormente propensa a forzare oltremodo la *littera legis* - finanche a costo di contraddire ciò che chiaramente emerge dal testo della disposizione - pur di non disconoscere gli approdi cui è giunto il “diritto

²⁹ In senso conforme A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, cit., 1088 ss., secondo cui nell'ipotesi in cui il giudice a quo abbia motivatamente optato per l'interpretazione non conforme ai principi costituzionali, ritenendola l'unica percorribile, il Giudice delle leggi dovrebbe, a ben riflettere, ricorrere ad una pronuncia di merito, nello specifico di tipo interpretativo.

Deve, peraltro, rammentarsi come secondo l'orientamento costituzionale, ormai consolidato, si assiste all'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice a quo, ove quest'ultimo non abbia previamente esperito il tentativo di interpretazione adeguatrice della disposizione in questione. Sul punto, *ex plurimis*, Corte cost., decc. nn. [491 del 1987](#); [517 del 1987](#); [63 del 1989](#); [459 del 1991](#); [212 del 2002](#); [299 del 2003](#); [50 del 2004](#); [1, 306, 361, 381, 427 del 2005](#); [187, 209, 244 del 2006](#); [379 e 403 del 2007](#); [155, 308, 341 del 2008](#); [155 e 178 del 2009](#). Si veda anche, in dottrina, R. ROMBOLI, *Il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi in via incidentale*, in R. Romboli (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Torino, 2005, 76 ss.

³⁰ G. LATTANZI, *Relazione 21 marzo 2019 del Presidente Giorgio Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, nelle *Relazioni annuali della Corte*, in questa *Rivista*, [2019](#), 7-8.

³¹ Cfr., in argomento, A. PACE, *Postilla. Sul dovere della Corte costituzionale di adottare sentenze di accoglimento (se del caso, «interpretative» e «additive») quando l'incostituzionalità stia nella «lettera» della disposizione*, cit., 3428 ss., secondo cui il Giudice delle leggi, di fronte ad una disposizione tecnicamente ambigua o assolutamente irrazionale, non dovrebbe limitarsi a suggerire la soluzione ermeneutica preferibile ma risolvere la questione di legittimità costituzionale con una sentenza interpretativa di accoglimento.

³² Cfr. Corte cost., decc. nn. [115 del 1994](#) e [356 del 1996](#), nonché, in dottrina, G. P. DOLSO, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, cit., 1308 ss.; F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Giur. it.*, n. 8-9 del 2010, 1962 ss., per il quale la dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte della Corte costituisce «l'ultima ratio, l'ultima (e non l'unica) istanza per rendere inapplicabile il diritto oggettivo (legislativo o primario) incostituzionale»; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Questione giustizia*, 22 ottobre 2018. Si veda, al riguardo, anche Corte cost., [ord. n. 85 del 2007](#).

³³ In senso analogo, R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, *Relazione al Convegno “L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele”*, svoltosi ad Agrigento il 17 e 18 settembre 2010, a detta del quale «la Corte sembra suggerire al giudice un'interpretazione spesso poco conciliabile con la lettera della legge, anche in ipotesi in cui questo si sia espressamente pronunciato nel senso dell'impraticabilità di tale lettura, proprio in quanto non consentita dal tenore letterale della disposizione impugnata».

Cfr. Corte cost., decc. nn. [394 del 1995](#) e [343 del 2006](#).

vivente” elaborato dalla Corte di cassazione nell’esercizio della sua funzione “nomofilattica”³⁴. Ruolo di uniformazione dell’interpretazione legislativa che non può, però, essere assunto a pretesto per introdurre nell’ordinamento giuridico un esito esegetico altrimenti inammissibile³⁵.

A questo riguardo si può ricordare una sentenza, di alcuni anni or sono, in cui si riconosce uno schema del tutto analogo a quello della pronuncia in esame. Si tratta di un caso riguardante la revoca, con carattere di automatismo, dell’assegnazione della casa familiare in ipotesi di convivenza *more uxorio* ovvero di nuovo matrimonio dell’assegnatario, in cui la Corte, ancorché la formulazione letterale fosse chiara ed inequivoca e non permettesse di superare in via ermeneutica il conflitto con i principi costituzionali, ha seccamente ribadito che la costituzionalità della disposizione potesse essere recuperata ove la normativa scrutinata fosse interpretata in senso orientato a Costituzione, in sintonia con un diffuso indirizzo giurisprudenziale (e dottrinale)³⁶. Non si può ragionare di tendenza ma per lo meno di un’eventualità non sconosciuta alla giurisprudenza costituzionale.

In definitiva, se non possono che essere condivise le ragioni (anche *di sistema*) che hanno spinto il rimettente a non condividere il *modus discensus* dell’interpretazione adeguatrice e a sollevare l’eccezione di incostituzionalità, d’altra parte non ci si può esimere dal rimarcare le perplessità cui la decisione della Corte dà luogo. Non pare auspicabile, pertanto, che la scelta adottata nel (problematico) caso in commento finisca per tradursi in un “approccio” che veda il rispetto dell’univoco tenore testuale della disposizione oggetto di scrutinio non come un limite - o, meglio, un limite rigido - al canone dell’interpretazione costituzionalmente orientata, bensì come un vincolo liberamente aggirabile dalla Corte.

La soluzione prescelta finisce per assecondare una torsione del sindacato di costituzionalità verso la sua diffusione, consegnandoci un risultato nettamente antitetico rispetto a quello perseguito da quelle innegabili “spinte centripete” poste, anche recentemente, in essere dal Giudice delle leggi nel (difficile) tentativo di pervenire ad un “riaccentramento” del giudizio incidentale di legittimità

³⁴ Ai sensi dell’art. 65 della legge sull’ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941 n. 12).

V., sul punto, Corte cost., [ord. n. 97 del 2017](#).

Sul significato attribuito dalla giurisprudenza costituzionale al “diritto vivente” si rinvia a G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, n. 6 del 1986, 1148 ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano, 1994; A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, n. 2 del 1998, 1082 ss.; A. SANDULLI, *La motivazione del provvedimento nei concorsi pubblici ed il sindacato di costituzionalità del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, n. 6 del 2000, 3644 ss.

Preme, peraltro, evidenziare che secondo la giurisprudenza costituzionale «l’incoercibilità ermeneutica di un dato testuale inequivoco vale anche per una interpretazione che si sia ormai sclerotizzata nel “diritto vivente”», Così, testualmente, V. MANES, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., 16. Cfr. Corte cost., sentt. nn. [239 del 2009](#); [196 del 2010](#); [227 del 2010](#).

³⁵ In altre ipotesi la Corte costituzionale ha adottato una soluzione differente, accogliendo la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo*, ancorché nel medesimo senso già risolto dalla Cassazione in sede di interpretazione adeguatrice.

Un caso emblematico è stato quello della [sent. n. 77 del 2007](#), in tema di *translatio iudicij*, con cui il Giudice delle leggi, nonostante l’interpretazione conforme coltivata dalla Corte di cassazione, ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 30 l. T.A.R. «nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali o processuali, prodotti dalla domanda proposta al giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione». Sul tema, per tutti, R. ROMBOLI, *Translatio iudicij tra Corte costituzionale e Corte di cassazione: due sentenze «storiche» sono meglio di una?*, in *Quad. cost.*, n. 1 del 2008, 129 ss..

³⁶ Corte cost., [sent. n. 308 del 2008](#).

Il giudizio di legittimità costituzionale verteva sugli artt. 155-*quater*, comma 1, del Codice civile, introdotto dall’art. 1, comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54 (Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli), e 4 della stessa legge. In particolare, l’art. 155-*quater*, comma 1, (ora abrogato) espressamente stabiliva che «Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l’assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio.». La *littera legis*, in tale ipotesi, appariva chiara nel prevedere una revoca, con carattere di automatismo, dell’assegnazione della casa familiare in caso di convivenza *more uxorio* o di nuovo matrimonio dell’assegnatario, precludendo qualunque valutazione del giudice in ordine all’interesse del minore. Nondimeno il Giudice costituzionale, in detta ipotesi, ha preferito forzare il dettato normativo, pur di non contraddire il “diritto vivente” formatosi sul punto (già nella vigenza dell’art. 155, comma 4, c.c., come sostituito dall’art. 36 della legge 19 maggio, n. 151), e coltivare un’interpretazione (evidentemente) *contra legem*.

costituzionale³⁷. È ben nota l'aspirazione della Corte costituzionale volta a reagire ad un tendenziale inaridimento dell'accesso alla Corte stessa, anche alla luce delle strettoie insite nel sistema incidentale di legittimità costituzionale³⁸. Aspirazione, peraltro, pienamente meritevole di condivisione, attesa l'importanza del sindacato accentrato, che del controllo di costituzionalità costituisce l'architrave. Questo per una pluralità di ragioni, tra le quali: la natura della Corte con i suoi equilibrati criteri di composizione; le peculiarità del giudizio costituzionale, ove si realizza, con la più ampia collegialità, un confronto dialettico tanto ponderato quanto arricchito dalla diversa sensibilità dei giudici; la pubblicità delle pronunce della Corte e l'efficacia *erga omnes* delle sue decisioni di accoglimento³⁹.

Tutto ciò ha indotto la giurisprudenza costituzionale ad adottare criteri che favoriscano l'accesso alla giustizia costituzionale e permettano, così, lo scrutinio del merito delle questioni⁴⁰. In tale prospettiva basti considerare: l'adozione di un canone elastico nell'individuazione delle nozioni di "giudice" e "giudizio" *a quo*; l'accoglimento di una accezione della rilevanza non declinata in modo eccessivamente rigoroso (come *influenza*, ad esempio); l'apertura verso questioni incidentali caratterizzate da una innegabile "astrattezza", sollevate nel corso di azioni di mero accertamento; il riconoscimento, in capo al giudice comune, il quale si trovi a dover applicare una legge sospettata di violare un diritto garantito tanto dalla Costituzione quanto da una disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (*self-executing*), del "dovere" di sollevare previamente il quesito di legittimità⁴¹; la ridefinizione della dottrina delle rime obbligate nonché la limitazione delle ipotesi di restituzione degli atti da parte della Corte al giudice rimettente, in presenza di uno *jus superveniens*

³⁷ V. Corte cost., [sent. n. 269 del 2017](#), laddove il Giudice delle leggi viene a ribadire che «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)». Cfr., a tale riguardo, anche G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 2 del 2016, 293 ss.; A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo "a fisarmonica" dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*; in [Dirittifondamenti.it](#), n. 2 del 2018, 5 ss.

Sul fenomeno del "riaccentramento" del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, molto chiaramente, C. PADULA, *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in [Questione Giustizia](#), 23 ottobre 2020.

Deve rilevarsi, peraltro, che il giudizio incidentale presenta anche numerosi motivi di apprezzamento, per una chiara disamina dei quali si rinvia a M. CARTABIA, *la fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 481 ss.

³⁸ Per un efficace quadro di sintesi sulle strettoie insite al sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale, A. PUGIOTTO, *Dalla porta stretta alla fuga dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, n. 1 del 2016, 154 ss.; T. GROPPI, *La Corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 2 del 2019.

³⁹ G. LATTANZI, *Relazione 21 marzo 2019 del Presidente Giorgio Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, cit., 2019, 6.

⁴⁰ La Corte, nella sentenza [n. 174 del 2019](#), esprimendosi in tale senso, discorre di «prospettiva di un più diffuso accesso al sindacato di costituzionalità (sentenza n. 77/2018, punto 8. del Considerato in diritto) e di una più efficace garanzia della conformità della legislazione alla Carta fondamentale».

⁴¹ Deve, a tale riguardo, peraltro, sottolinearsi come all'orientamento consacratosi attraverso *l'obiter dictum* di cui alla sentenza [n. 269 del 2017](#) la giurisprudenza costituzionale successiva ha apportato alcuni, non secondari, correttivi. Segnatamente, da un lato la Corte ha riconosciuto in capo al giudice comune un certo margine di discrezionalità nella scelta tra seguire il percorso europeo ovvero quello interno: il giudice *a quo*, difatti, è libero di scegliere tra immediata disapplicazione della legge, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e sottoposizione della questione di costituzionalità alla Corte costituzionale senza rischio di incorrere in una declaratoria di inammissibilità per difetto di rilevanza (Cfr. Corte cost., sentt. nn. [20 del 2019](#); [63 del 2019](#); [11 del 2020](#); [44 del 2020](#) nonché [ord. n. 117 del 2019](#)). Dall'altro lato il summenzionato orientamento del Giudice delle leggi sembrerebbe essersi svincolato dal riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, operando, cioè, a prescindere da quale sia la norma europea interposta invocata, riconoscendo, così, la (pericolosa) possibilità per il giudice comune di non procedere alla immediata disapplicazione della legge interna in caso di contrasto con (qualunque) *norma self executing* dell'Unione Europea. (Cfr. Corte cost., nn. [20 del 2019](#) in cui il parametro interposto era dato anche da una direttiva in singolare connessione con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché [44 del 2020](#) in cui il parametro era rappresentato esclusivamente da una direttiva *self executing*).

palesemente inapplicabile al giudizio *a quo*⁴². Si tratta di profili che, seppur talvolta in modo ondivago e non senza l'adozione di opportuni correttivi, hanno consentito l'espansione del sindacato accentrato di costituzionalità portando a limitare la sussistenza di "zone franche" dal controllo di legittimità costituzionale⁴³.

Purtuttavia, l'eccessivo rigore, che talora trapela nella giurisprudenza costituzionale, nel vagliare l'ammissibilità delle questioni sollevate, specialmente nella prospettiva del previo esperimento del tentativo di interpretazione conforme, se portato alle estreme conseguenze - come pare, in effetti, avvenire nella sentenza [n. 123 del 2020](#) -, non può che condurre a risultati difficilmente conciliabili con il menzionato tentativo di "riaccentramento". Ancorché il Giudice delle leggi stia tentando di riguadagnare terreno rispetto al ruolo assunto dai giudici comuni all'interno del nostro sistema di giustizia costituzionale, il fatto di assecondare, al contempo, le interpretazioni *contra legem* recepite dal "diritto vivente", non sembra in definitiva funzionale al raggiungimento dello scopo, con ricadute negative anche in termini di *legittimazione* della Corte stessa a causa, appunto, della coesistenza di orientamenti non del tutto univoci nell'ambito della giurisprudenza costituzionale⁴⁴.

⁴² In relazione alla nozione di giudice *a quo* si rinvia a Corte cost., sentt. nn. [129 del 1957](#); [22 del 1960](#); [12 del 1971](#); [226 del 1976](#); [384 del 1991](#), [26 del 1999](#), [13 del 2019](#); nonché, in dottrina, M. TROISI, *Incidentalità e giudizi a quibus*, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (curr.), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Napoli, 2020, 67 ss.

Per quanto attiene alla rilevanza si vedano Corte cost., sentt. nn. [148 del 1983](#); [69 del 2010](#); [253 del 2019](#); [174 del 2019](#) nonché [ord. 262 del 2019](#) ed in dottrina G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1001 ss.; D. MONEGO, *La rilevanza di una questione di legittimità sul premio di maggioranza regionale fra "riscontro" del vizio, applicabilità della norma ed influenza della decisione di costituzionalità*, in *Le Regioni*, n. 1 del 2016, 198 ss.

Sulle questioni incidentali "astratte" ed azioni di mero accertamento cfr. Corte cost., sentt. nn. [1 del 2014](#); [110 del 2015](#); [35 del 2017](#); [63 del 2018](#) nonché, efficacemente, G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, n. 3 del 2014, 2960 ss.; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017; C. PADULA, *La tutela dei diritti fondamentali. Il pre-enforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali "astratte" in Italia*, Torino, 2018.

In relazione alla questione della doppia pregiudizialità (costituzionale e dell'Unione Europea) Corte Cost., decc. nn. [269 del 2017](#); [20 del 2019](#); [63 del 2019](#); [11 del 2020](#); [44 del 2020](#). In dottrina, *ex multis*, N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in [Federalismi.it](#), n. 14 del 2019; 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*, 2020, 1 ss.

Sul superamento della nota formula crisafulliana delle rime obbligate, Corte cost., sentt. nn. [236 del 2016](#); [222 del 2018](#); [40 del 2019](#); [99 del 2019](#); [113 del 2020](#), nonché, in dottrina, N. ZANON, *"Stagioni creative" della giurisprudenza costituzionale? Una testimonianza (e i suoi limiti)*, in C. PADULA (cur.), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, 2020; G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale* in, [Liber Amicorum per Pasquale Costanzo](#), III; Genova, 2020, 153 ss.

Per quanto attiene all'orientamento volto a limitare i casi di restituzione degli atti al giudice di *prime cure* in ipotesi di *jus superveniens* palesemente inapplicabile nel giudizio *a quo*, v. Corte cost., sentt. nn. [30 del 2016](#); [170 del 2019](#); [179 del 2019](#). In merito, proprio, allo *jus superveniens* si rinvia alla lucida analisi di A. CERRI, *Ordine delle questioni nel giudizio "a quo", giudizio di impugnazione di provvedimento amministrativo, legge interpretativa come "ius superveniens", rilevanza e non manifesta infondatezza: spunti problematici*, in *Giur. cost.*, n. 3 del 2018, 1511-1519.

⁴³ A tale riguardo, in particolare, A. PIZZORUSSO, *"Zone d'ombra" e "zone franche" della giustizia costituzionale italiana*, in A. D'ATENA (cur.), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1021 ss.; P. ZICCHITTU, *La Corte costituzionale di fronte alle "zone franche"*, in AA. VV., *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2019, 417- 433.

⁴⁴ Sul rischio, paventato in dottrina, che i giudici comuni siano spinti a sperimentare interpretazioni costituzionalmente conformi anche laddove il testo non si presti a siffatte interpretazioni, M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Studi in memoria di Giuseppe. G. Floridia*, Napoli, 2009, 413 ss.

Cfr., in argomento, diffusamente, R. ROMBOLI, *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, entrambi in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (curr.), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità, Atti del Seminario di Pisa - 25 ottobre 2019*, Napoli, 2020, 16 ss. e 51 ss.

4. Una notazione conclusiva: l'inammissibilità quale sanzione per il giudice che non aderisce all'indirizzo interpretativo prevalente.

La Corte «esclude di poter essere chiamata a scrutinare una norma di legge in un'attribuzione di significato che, ad avviso del giudice *a quo*, la renderebbe costituzionalmente illegittima, quando invece la giurisprudenza prevalente fornisce della medesima norma una lettura conforme all'assetto auspicato dal rimettente»⁴⁵. Tale icastica asserzione, inserita nella chiusa della sentenza [n. 123 del 2020](#), viene accompagnata dal richiamo ad un proprio precedente: ossia la sentenza [n. 21 del 2013](#)⁴⁶. Appare quindi opportuno ricercare la *ratio decidendi* sottesa a quest'ultimo pronunciamento che, nell'ottica del Giudice delle leggi, si presenta (apparentemente) coerente con le proprie conclusioni nel senso dell'inammissibilità⁴⁷.

Ebbene, alla radice del dubbio di legittimità costituzionale sottoposto all'attenzione della Corte vi era, nella pronuncia [n. 21 del 2013](#), un problema ermeneutico generato dal testo della lettera c) dell'art. 12, comma 1, del Codice di procedura penale, concernente le condizioni di operatività dell'ipotesi di connessione dei procedimenti *ivi* delineata⁴⁸. Sul tema oggetto di quel quesito di costituzionalità si fronteggiavano due indirizzi interpretativi: il primo, avallato dalla giurisprudenza di legittimità maggioritaria, esigente l'identità tra gli autori dei reati; il secondo, accolto da due sentenze diversamente orientate della Cassazione, che viceversa ne prescindeva⁴⁹. Il giudice rimettente - dopo aver ricostruito con acribia il quadro giurisprudenziale ora sintetizzato - aveva reputato di dover aderire alla seconda soluzione, lamentando, tuttavia, che essa avrebbe reso costituzionalmente illegittime le norme coinvolte⁵⁰. Chiedeva, pertanto, un intervento della Corte costituzionale.

Potrebbe trattarsi, all'apparenza, di una situazione analoga alla presente. In realtà, a ben vedere, tra il caso in esame e quello deciso con la sentenza [n. 21 del 2013](#) sussiste una evidente disomogeneità. In relazione al problema esegetico legato al menzionato art. 12 del Codice di procedura penale, l'orientamento maggioritario, propugnante una soluzione costituzionalmente conforme, conduceva ad un'interpretazione comunque collocabile all'interno del confine testuale della normativa censurata⁵¹. Tale dato contribuisce a delineare una netta differenziazione rispetto alla pronuncia [n.](#)

⁴⁵ Corte cost., [sent. n. 123 del 2020](#), paragrafo 3.3.1, penultimo capoverso, del Considerato in diritto.

⁴⁶ Sul valore del precedente nella giurisprudenza costituzionale esiste un'ampia letteratura scientifica, sia qui sufficiente (senza alcuna pretesa di esaustività) il richiamo a S. BARTOLE, *Ricorso alla regola dello stare decisis o sommarietà della motivazione? (a proposito dei meriti della trattazione nella stessa udienza di giudizi concernenti questioni simili)*, in *Giur. cost.*, n. 8 del 1986, 1247 ss.; M. CARTABIA, *La motivazione per relationem nelle decisioni della Corte costituzionale*, in A. RUGGERI (cur.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale - Atti del seminario di Messina del 7-8 maggio 1993*, Torino, 1994, 262, secondo cui «la Corte usa comunemente rinviare alle sue precedenti pronunce, per motivare in tutto o in parte le nuove decisioni».

Sulla [sentenza n. 21 del 2013](#), molto chiaramente A. CABIALE, *La Corte costituzionale non prende posizione sui presupposti della connessione teleologica*, in *Dir. pen. Cont.*, 4 marzo 2013.

⁴⁷ R. CALVANO, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 2 del 1996, 1300.

⁴⁸ A mente del quale si ha connessione di procedimenti «se dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri».

⁴⁹ Scendendo maggiormente nel dettaglio, secondo l'orientamento prevalente la connessione teleologica prevista dalla norma censurata presupponeva l'identità fra gli autori del reato-fine e quelli del reato-mezzo. Quando, viceversa, tali reati fossero stati commessi da soggetti diversi, mancando l'unità del processo volitivo tra il reato-mezzo e il reato-fine, sarebbe ricorso, al più, solo un'ipotesi di connessione di natura probatoria. A tale indirizzo interpretativo si contrapponevano, per converso, due sentenze della Corte di cassazione (la sentenza 22 settembre 1998 n. 10041 e la sentenza 15 ottobre 2010, n. 37014), secondo le quali la connessione teleologica si sarebbe basata, invece, sulla sola relazione oggettiva tra i reati, a prescindere dalla comunanza dei relativi autori.

⁵⁰ Atteso che, ad avviso del giudice *a quo*, il menzionato regime normativo sarebbe stato in contrasto con il precetto posto a tutela del giudice naturale precostituito per legge, di cui all'art. 25 della Costituzione, attenuando ingiustificatamente lo «stretto legame naturalistico» tra giudice e luogo di commissione del fatto; nonché con l'art. 3 della Costituzione, sottoponendo la connessione teleologica ad un trattamento ingiustificatamente differenziato rispetto a quello riservato all'ipotesi affine della continuazione.

⁵¹ Difatti, ancorché dall'art. 12, comma 1, lettera c), del Codice di procedura penale fosse stato espunto - ad opera del decreto legge 20 novembre 1991, n. 367 - il riferimento al medesimo autore di più reati, con l'abrogazione della dizione

[123 del 2020](#), per il fatto che in relazione al citato art. 55-*quater* il risultato ermeneutico conseguito dall'indirizzo prevalente non pare (in radice) perseguibile alla luce dei limiti insiti nella stessa *littera legis*⁵².

Da questa angolatura, non può dirsi che nell'ordinanza del giudice rimettente sia ravvisabile un utilizzo improprio dell'incidente di costituzionalità, in quanto finalizzato ad ottenere proprio lo stesso risultato normativo già prodotto, in via d'interpretazione conforme, dall'esegesi giurisprudenziale corrente⁵³. In effetti un esito normativo che riconduca la disposizione censurata nelle maglie costituzionali non sarebbe conseguibile - in ossequio ai limiti posti dal canone ermeneutico dell'interpretazione adeguatrice, tra cui rientra indiscutibilmente quello del rispetto della cornice testuale - attraverso le normali tecniche dell'ermeneutica giuridica ma, esclusivamente, in forza di una pronuncia di merito (interpretativa) del Giudice costituzionale⁵⁴.

Come rimarcato da autorevole dottrina «l'altissimo valore attribuito al precedente è tale che talora si preferisce confermarlo, anche quando possano apparire ragioni per superarlo o rovesciarlo, o siano cambiate le condizioni [...] in cui esso fu stabilito»⁵⁵. Eppure, è innegabile che, nel caso da cui è originata la sentenza [n. 123 del 2020](#), le condizioni non fossero affatto assimilabili a quelle che avevano fatto da sfondo alla sentenza [n. 21 del 2013](#), sicché sarebbe stato maggiormente opportuno distinguere l'ipotesi in esame dal precedente citato. La sentenza [n. 21 del 2013](#) potrebbe rappresentare un precedente «di genere», nell'accezione propria di paradigma di una tipologia decisionale, ancorata ad uno specifico presupposto, ossia il fatto che la *littera legis* non osti alla percorribilità dell'interpretazione orientata a Costituzione praticata dall'orientamento opposto a quello coltivato dal rimettente. Proprio l'impraticabilità, rispetto all'art. 55-*quater*, dell'interpretazione adeguatrice, segna un discrimine di fondo tra i due pronunciamenti: ciò avrebbe dovuto inibire alla Corte di muoversi nel solco della continuità rispetto alla sentenza [n. 21 del 2013](#), non utilizzabile quindi quale modello per la decisione in esame.

testuale «se dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri», la *littera legis* non pareva, comunque, ostare ad un'interpretazione adeguatrice che richiedesse un'identità tra autore del reato-mezzo e quello del reato-fine, trattandosi, per vero, di un risultato ermeneutico conseguibile pur rimanendo all'interno della cornice di significati offerti dalla disposizione.

⁵² In effetti altro è - in relazione all'art. 12, comma 1, lettera c), del Codice di procedura penale - l'assenza nella lettera della legge di un riferimento al «medesimo autore di più reati», pur sempre ricavabile in via esegetica, altro è - a proposito dell'art. 55-*quater*, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 - la presenza di una chiara dizione, quale l'avverbio «comunque», che preclude in radice qualsivoglia interpretazione adeguatrice.

In argomento M. CARTABIA, *La motivazione per relationem nelle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 270, ritiene che «di fronte a casi analoghi, ma non del tutto sovrapponibili ai casi decisi in passato non è ammissibile che le decisioni siano motivate esclusivamente per relationem: i precedenti potranno giuocare un ruolo, anche importante, nella decisione e nella giustificazione, ma non potranno esaurire la motivazione della Corte».

⁵³ A riguardo molto chiaramente Corte cost., [sent. n. 83 del 2017](#), secondo cui «[l']obbligo di addivenire ad un'interpretazione conforme alla Costituzione cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione e si riveli del tutto eccentrica e bizzarra, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca».

⁵⁴ Deve, peraltro, ricordarsi che in presenza di un «diritto vivente» consolidato, soprattutto se proveniente dalla Cassazione, il giudice *a quo*, dispone solo formalmente della possibilità di disattendere l'esegesi ermeneutica maggioritaria e di adottarne una diversa. Difatti la sentenza del giudice che dovesse, eventualmente, discostarsi dall'esegesi prevalente verrebbe, tendenzialmente, riformata in sede di impugnazione. Senza pretese di esaustività cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Torino, 1990, 68; E. CATELANI, *La determinazione della «questione di legittimità costituzionale» nel giudizio incidentale*, 1993, 295-296.; M. R. MORELLI, *Doverosità della previa verifica di una possibile «interpretazione adeguatrice» ai fini dell'ammissibilità dell'incidente di costituzionalità e diverso regime del giudizio in via principale*, cit., 2353 ss.; A. CERRI, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista di diritto pubblico*, n. 4 del 2001, 1359.

⁵⁵ Così, testualmente, G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, 83.

In senso conforme L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 115, a detta del quale «è incontestabile, comunque, che il momento interpretativo, consistente in una lunghissima e articolatissima serie di precedenti formati dalla stessa Corte costituzionale, assume una netta preminenza rispetto al momento costituente, approvativo della clausola in esame».

Dall'analisi in controluce delle due pronunce si possono formulare alcune considerazioni di ordine generale⁵⁶. Laddove la questione di legittimità costituzionale verta su una disposizione dalla quale l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario risulti effettivamente in grado - senza necessità di erodere il dato testuale - di estrapolare una norma costituzionalmente conforme, allora *nulla quaestio*⁵⁷. In siffatte ipotesi i Giudici costituzionali, correttamente, rilevano un uso distorto del giudizio di costituzionalità, finalizzato ad avallare l'indirizzo interpretativo fatto proprio dal giudice rimettente e contrastante con quello accolto dalla giurisprudenza prevalente, finanche di legittimità. Pertanto, condivisibilmente, sanzionano, con una pronuncia di inammissibilità, un tentativo di tale fatta⁵⁸.

Quid iuris nei casi in cui, seppur l'indirizzo maggioritario pratichi un'interpretazione costituzionalmente orientata, quest'ultima, in realtà, sia impedita dagli evidenti ostacoli ermeneutici del testo di legge? In detti casi il *modus procedendi* adottato anche nella sentenza in esame non pare in definitiva da condividere. Sanzionare con l'inammissibilità una questione di legittimità costituzionale per il solo fatto che l'orientamento giurisprudenziale prevalente realizzerebbe un'interpretazione conforme, della quale peraltro non viene nemmeno vagliata l'effettiva praticabilità, rischia di generare un'evidente disfunzione sistemica. Opponendo il filtro dell'inammissibilità, si consente in fin dei conti ad un'interpretazione normativa, inconciliabile con il dato testuale, di continuare ad essere coltivata con un'evidente *vulnus* per le prerogative tanto del legislatore quanto della Corte. Del legislatore perché, optando per una norma non ricavabile dalla cornice testuale imposta, si sconfessa una sua precisa scelta politica, frustrandone le intenzioni, per giunta senza ricorrere all'unico strumento idoneo allo scopo: la decisione di incostituzionalità; della Corte perché si consente ai giudici comuni di interferire con il giudizio di costituzionalità delle leggi, praticando un'interpretazione adeguatrice non ammessa dai normali criteri dell'ermeneutica giuridica ed eludendo un intervento - in questi casi imprescindibile - del Giudice costituzionale⁵⁹.

Nei confronti del legislatore si assiste, invero, ad un visibile esproprio da parte della Corte di una scelta politica, espressione di una discrezionalità non sindacabile se non nei limiti della evidente

⁵⁶ In relazione al ruolo e all'uso del "precedente" nell'ambito della giurisprudenza costituzionale sono significative alcune pronunce di alcuni anni fa relative al diritto di esaminare e di estrarre copia degli atti nell'ambito del processo penale. A tale riguardo, in una prima sentenza, la [n. 192 del 1997](#), la Corte ha fatto ricorso alla declaratoria di incostituzionalità dell'articolo 293, comma 3, del Codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedeva che al deposito degli atti trasmessi con la richiesta di misura cautelare conseguisse il diritto per il difensore di estrarne copia, per patente contrasto con l'articolo 24 della Costituzione, soggiungendo, peraltro, il principio di portata generale per cui «al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve accompagnarsi [...] automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia». Successivamente, con l'ordinanza [n. 558 del 2000](#), in un caso del tutto analogo - avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 127 del Codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedeva l'obbligo di depositare il fascicolo delle indagini preliminari nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari e la facoltà dell'indagato di estrarne copia -, il Giudice delle leggi ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, invitando il giudice rimettente a "forzare" il tenore letterale della disposizione proprio sulla scorta del suo precedente summenzionato, rimproverandolo di non aver colto la portata del principio enunciato nella sentenza n. 192 del 1997. In senso conforme v. anche Corte cost., [ord. n. 213 del 2000](#).

⁵⁷ Questa è l'ipotesi verificatasi con la [sentenza n. 21 del 2013](#). Sul punto, soprattutto, A. CABIALE, *La Corte costituzionale non prende posizione sui presupposti della connessione teleologica*, cit.

⁵⁸ In senso adesivo Corte cost., [sent. n. 21 del 2013](#), a mente della quale «deve escludersi che questa Corte possa essere chiamata a scrutinare una determinata norma di legge assumendola nel significato attribuitole da un indirizzo interpretativo minoritario, cui il giudice rimettente non è vincolato ad aderire e che egli stesso sostiene rendere costituzionalmente illegittima la norma denunciata, quando invece l'orientamento giurisprudenziale prevalente fornisce una lettura della norma conforme all'assetto auspicato dal giudice a quo. In tale situazione, la questione proposta non mira realmente a risolvere un dubbio di legittimità costituzionale, ma viene piuttosto a configurarsi come un improprio tentativo di ottenere dalla Corte un avallo a favore dell'una scelta interpretativa contro l'altra»: il che rende inammissibile la questione stessa». Cfr., a titolo di esempio, Corte cost., [sent. n. 356 del 1996](#) e [ord. n. 85 del 2007](#).

⁵⁹ Cfr. Corte cost., [sent. n. 83 del 2017](#), con cui la Corte ha, chiaramente, ricordato che anche l'interpretazione adeguatrice appartiene alla famiglia delle tecniche ermeneutiche con tutti i limiti che queste ultime conoscono ed incontrano.

irragionevolezza⁶⁰. A tale riguardo è noto come la giurisprudenza costituzionale si sia (sovente) dimostrata incline - specialmente laddove vengano in rilievo parametri difficilmente contenibili, quale fuor di dubbio è lo scrutinio di ragionevolezza, *quivi* evocato ma poi non effettivamente condotto dal Giudice delle leggi - ad operare in una logica di autolimitazione (c.d. *judicial self-restraint*) per evitare di ingerirsi, per il tramite di scrutini finanche penetranti, in questioni discrezionali riservate al solo legislatore⁶¹. Pertanto, se anche nella sentenza in commento la Corte avesse percorso una strada analoga, improntata ad una marcata “deferenza” (c.d. *deferential review*) rispetto alle scelte dell’organo legislativo, come del resto in molti casi avviene ed è avvenuto, l’esito finale del giudizio avrebbe (forse) potuto essere differente⁶².

Diversa è, d’altro canto, la questione che vede inficiate le prerogative della Corte. Sotto tale versante è la Corte stessa che appare “autolimitarsi” a favore dell’ampio potere interpretativo riconosciuto in capo ai giudici comuni. Il Giudice delle leggi, facendo, da un lato, asse con l’autorità giudiziaria, ed escludendo, dall’altro, un dialogo con il legislatore, finisce per ampliare le prerogative della prima a scapito di una corrispondente riduzione delle possibilità di interlocuzione con il secondo⁶³.

⁶⁰ La letteratura scientifica in merito al vaglio di ragionevolezza è sconfinata, si vedano, tra i moltissimi, A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1994, 1 ss.; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir. Agg.*, I, Milano, 1997, 899 ss. Peraltro, per una recente pronuncia con cui la Corte è sembrata allargare le maglie della ragionevolezza v. Corte cost., [sent. n. 23 del 2019](#), su cui si rinvia ai commenti di G. P. DOLSO, *Corte costituzionale, spoils system e sindacato di ragionevolezza (Corte cost. 22 febbraio 2019 n. 23)*, in *Giur. cost.*, n. 3 del 2019, 1735 ss.; A. MITROTTI, *L’endemica tensione tra merit system e spoils system, alla luce del ruolo dei Segretari comunali*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 1 del 2020, 921 ss.

⁶¹ Ciò è avvenuto, ad esempio, con le sentt. nn. [67](#) e [79](#) del 1963 con cui la Corte ha salvato, seppur con motivazioni differenti, alcune disposizioni che prevedevano delle pene “fisse”. A tale proposito si rinvia a C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, n. 2 del 1963, 664.

⁶² Cfr., sul punto, A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 17 ss.; L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato (appunti per una ricerca)*, in *Quad. cost.*, n. 1 del 1984, 7 ss.

A detto riguardo, può ricordarsi, in via meramente esemplificativa, il caso emblematico della [sentenza n. 78 del 2019](#), avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell’art. 18, comma 1, lettera b), ultimo periodo, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, nella parte in cui non prevedeva - tra le condizioni che impediscono la partecipazione ai procedimenti di chiamata dei professori universitari - il rapporto di coniugio con un docente appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata, ovvero con il rettore, il direttore generale o un componente del consiglio di amministrazione dell’ateneo. Si tratta di un caso in cui il giudice *a quo* aveva escluso di poter risolvere in via interpretativa la distonia tra la disposizione censurata ed i principi costituzionali, in particolare gli artt. 3 e 97 della Costituzione, stante la tassatività della disposizione e, dunque, in definitiva, la cornice letterale della legge. Nondimeno, in quell’occasione, il Giudice delle leggi aveva salvato la normativa in oggetto evocandone la non manifesta irragionevolezza, atteso che «l’attuale regolazione delle situazioni che precludono la partecipazione alle procedure di chiamata costituisce il risultato di un bilanciamento non irragionevole tra la pluralità degli interessi in gioco». Se la Corte avesse utilizzato nell’ipotesi in commento un metro analogo (improntato appunto alla deferenza nei confronti delle scelte legislative) la conclusione sarebbe stata diversa in quanto il bilanciamento operato dal legislatore poteva di certo essere considerato *non irragionevole*. Sulla summenzionata pronuncia si rinvia alla lucida disamina di P. VERONESI, *“Le conseguenze dell’amore universitario” (Secondo tempo): i punti fermi della sentenza costituzionale n. 78 del 2019*, in *Studium iuris*, n. 7-8 del 2019, 890 ss.

⁶³ Interlocuzione con il legislatore che, tra l’altro, rappresenta il *leitmotiv* della nuova tecnica decisoria della c.d. “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”, inaugurata con l’ordinanza [n. 207 del 2018](#) (il noto caso “Cappato”) e tornata nuovamente ad imporsi all’attenzione dell’interprete a seguito dell’ordinanza [n. 132 del 2020](#) della Corte Costituzionale. Attraverso tali ordinanze, in particolare, il Giudice delle leggi ha riconosciuto l’incostituzionalità della disciplina censurata, ma, nel contempo, non ha proceduto al suo annullamento, esortando, animata da quello che la stessa definisce uno «spirito di leale collaborazione istituzionale», il legislatore ad intervenire, approvando una nuova e maggiormente adeguata disciplina e rinviando a nuova udienza l’esame della *quaestio sub iudice*. In tali pronunce la Corte ha in fin dei conti tentato una opportuna interlocuzione con il legislatore. Cfr. anche sent. n. [242 del 2019](#). Sull’ordinanza n. [207 del 2018](#) si vedano, tra i moltissimi, 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 ss.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), 19 novembre 2018; 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 ss. In merito, invece, all’ordinanza n. [132 del 2020](#) si rinvia a A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in*

Se questo è lo sfondo ove trova collocazione la pronuncia [n. 123 del 2020](#), sembra si possa in definitiva constatare che le tensioni tra potere legislativo ed organo di giustizia costituzionale non si manifestano esclusivamente nei casi (ovviamente più eclatanti) di decisioni di annullamento, ma risultano talvolta sottese a pronunce di inammissibilità che, facendo leva sul canone ermeneutico dell'interpretazione *secundum Constitutionem*, oltrepassano il già labile crinale che separa legittimità e merito della legge, determinano un'interferenza della Corte nella sfera di discrezionalità del Parlamento⁶⁴.

L'impressione, perciò, è che proprio l'uso (in qualche misura "distorto") di un canone interpretativo pur generalmente accolto - quello dell'interpretazione adeguatrice - può in certi casi giungere a sconfessare gli stessi limiti che la Corte pone a tale strumento ermeneutico. Che poi detti limiti la Corte accetti di superare solamente in presenza dell'avallo dalla giurisprudenza comune (soprattutto di legittimità) porta, in sostanza, ad introdurre nel nostro sistema di giustizia costituzionale un (ulteriore) elemento di diffusione che non può non produrre effetti sul delicato equilibrio istituzionale esistente tra Corte, giudici e legislatore. E ciò è tanto più preoccupante quando l'interpretazione coltivata dalla Corte, e che evade dal perimetro letterale della legge, rinviene una giustificazione labile, o comunque discutibile, in Costituzione. Si tratta di una tendenza che, oltre a generare possibili incertezze a livello ermeneutico -non essendo scontata l'acquiescenza dei giudici comuni ad una siffatta interpretazione-, di certo determina una frizione tra legislatore ed autorità giudiziaria, che dal primo rischia di essere vista come un potere che oltrepassa la sua naturale funzione di organo che applica ed interpreta il diritto secondo regole che non possono essere forzate oltre un certo limite (la cornice letterale del testo) pena lo sconfinamento, appunto, delle proprie attribuzioni costituzionali.

Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020), in [questa Rivista](#), [Studi 2020/II](#), 406 ss.; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in [Forum di Quad. Cost.](#), n. 3 del 2020, 104 ss. Cfr. anche, volendo A. CONZUTTI, *Un indizio è un indizio, ma due indizi sono una coincidenza? La tecnica "Cappato" colpisce ancora*, in [AmbienteDiritto.it](#), n. 4 del 2020.

⁶⁴ In relazione alle diverse tecniche decisorie cui la Corte fa ricorso per indirizzare i giudici comuni all'interpretazione adeguatrice, v. G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in [Federalismi.it](#), n. 17 del 2011, 1 ss.

Felice Carlo Besostri - Francesco Valerio Della Croce - Giuseppe Libutti
Roma Capitale: uno *status* giuridico di equilibrio tra “capitalità” e “metropolitanità”*

ABSTRACT: *The Administrative, government and management reform of “Roma Capitale” is certainly a unanimous need. It is necessary, therefore, to achieve a reform shared by all the main parliamentary forces.*

This is more evident if we look at the experiences of some of the most important European capitals.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le ragioni della specialità. – 3. Aspetti della metropolitanità. – 4. Governo e la gestione amministrativa della città metropolitana: interventi normativi e proposte di legge. – 4.1. La proposta di legge “Fassina e altri” e il disegno di legge “Tocci e Astorre”. – 4.2. La proposta di legge “Causi”. – 4.3. Il disegno di legge costituzionale “Quagliariello e Augello”. – 4.4. La proposta di legge. “Morassut”. – 5. Dal decentramento all’autonomia amministrativa. – 6. Appunti per una riforma possibile.

1. Premessa

La vicenda di Roma racchiude in sé una sintesi profonda tra continuità del proprio peso e della propria funzione nella storia umana e perpetuo divenire e contraddizione. Ciò appare manifesto al solo volgere l’attenzione alla “storia moderna” della Capitale italiana: è stato così per la Roma postunitaria, la quale venne a trovarsi in una condizione di stretta compresenza, da un lato, di uno statuto di Capitale nazionale e, dall’altro, di una situazione di fatto per cui i problemi della rappresentanza furono, non per breve tempo, ancora appannaggio del ristretto perimetro pontificio; o, ancora, con riferimento alla traversia della Roma al tempo del ventennio fascista, nella quale il mito augusteo e l’aspirazione alla perennità, che infrange luogo e spazio, fu narrazione della costruzione determinata del “regime reazionario di massa”, con le ricadute plasticamente e urbanisticamente evidenti che la storia ha consegnato fino ad oggi.

Il travaglio dello statuto giuridico, politico ed istituzionale della Città Eterna, all’esito delle vicende risorgimentali e segnata dalla “breccia di Porta Pia” e il 20 settembre 1870 – molto dopo la proclamazione del 1861 - è ben esemplificato dalla estrema gradualità con cui si sostanziò l’assurgere di Roma al rango di Capitale dello Stato, con riferimento essenzialmente alla regolazione dei rapporti tra il nuovo Regno e lo Stato Pontificio e con il trasferimento politico, istituzionale e giuridico della Capitale da Firenze a Roma.

Una fase diversa ma egualmente dinamica e ricca di antinomie si aprì presto anche per la Roma repubblicana, la quale non aveva ritrovato un espresso riconoscimento come Capitale della Nazione nel prodotto dei lavori costituenti, ma registrò un’attribuzione di peculiari caratteri di specialità per mezzo della legge n. 103 del 1953, con l’autorizzazione ad un contributo concorrente dello Stato «*per gli oneri che detto Comune sostiene in relazione alle esigenze derivanti dall’essere la città di Roma sede della Capitale della Repubblica*»¹. Il “*télos*” della poc’anzi citata norma, essenzialmente autorizzativo di un intervento sovvenzionatore, sarà superato dall’architettura giuridica della legge n. 396 del 1990, la quale, all’art.1, recava tra gli obiettivi dalla stessa perseguiti: 1) realizzazione dello SDO e delle necessarie opere infrastrutturali, per mezzo della riqualificazione sociale e urbanistica del quadrante Est di Roma, assieme al piano di localizzazione delle sedi di Parlamento, governo e uffici della PA; 2) conservazione e valorizzazione del patrimonio monumentale, archeologico e artistico, anche per mezzo di specifici interventi (es., parchi archeologici Fori e Appia Antica, acquisizione aree Villa Ada); 3) risanamento ambientale, territoriale, recupero edilizio e realizzazione parchi naturali; 4) adeguamento della dotazione infrastrutturale e dei servizi specialmente per la mobilità urbana; 5) riqualificazione e promozione di nuove Università e dei centri di ricerca; 6) costituzione di un polo europeo dell’industria dello spettacolo e della comunicazione, assieme ad una

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.

¹ Dall’art. 1, l. 28 febbraio 1953, n. 103, “Provvedimenti a favore della città di Roma”.

rete formata da un sistema congressuale e fieristico ed espositivo resa possibile dal recupero di strutture esistenti; 7) sistemazione delle istituzioni internazionali operanti in Italia e localizzate a Roma. Con compiti di raccordo, supervisione e armonizzazione del programma di interventi finalizzati al perseguimento di tale enumerazione di scopi, la stessa legge del 1990 istituiva la Commissione per Roma Capitale.

Dal Secondo Dopoguerra alla fine degli anni Novanta, larga parte degli interventi posti in essere, afferenti alle problematiche della Capitale, sono stati indirizzati alla regolamentazione, nel senso più ampio di questo istituto, dei “grandi eventi”, come nel caso le Olimpiadi del 1960, i campionati mondiali di calcio del 1990 ed il Giubileo del 2000. Il nuovo millennio ha portato con sé, in verità, la “costituzionalizzazione” espressa di Roma come Capitale italiana, attraverso la riforma costituzionale del Titolo V della Carta, che ha modificato l’art. 114 come segue: «*La Repubblica è costituita dai comuni, dalle province, dalle città metropolitane, dalle regioni e dallo Stato. I comuni, le province, le città metropolitane e le regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione. Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento*». Tale riformata formulazione ha recepito chiaramente le istanze autonomistiche degli enti locali e la “forma” giuridica amministrativa forse più eloquente di tale percorso: la città metropolitana.

2. Le ragioni della specialità.

Oltre alle ragioni di specialità precedentemente accennate (Roma come Capitale della Repubblica, sede della Città del Vaticano e di un copioso numero di organizzazioni internazionali e di uffici diplomatici), Roma presenta un tratto evidentemente peculiare, rappresentato dalla vastità territoriale della propria superficie, di circa mille e trecento chilometri quadrati. Il solo raffronto con le dimensioni di un’importante capitale europea, come la città di Parigi (che presenta un’estensione di circa centocinque chilometri quadrati), ben appalesa le implicite e specifiche problematiche in tema di cura dei servizi di prossimità, programmazione dei servizi di area vasta, servizi di pubblica utilità, coordinamento urbanistico complessivo dei diversi Municipi, alcuni dei quali, considerati singolarmente, presentano dimensioni territoriali molto simili a quelle di altre grandi capitali del Vecchio Continente. Le questioni sopra ricordate, hanno avuto come ricaduta fattuale, *in primis*, quel progressivo fenomeno di scissione di un sistema di periferie urbane, in concreto separato dal contesto urbano del centro romano, che nel tempo si è esteso in modo non indirizzato e coordinato, finanche ad assorbire alcuni piccoli comuni limitrofi a quelle stesse aree della periferia romana. È presto detto che proprio quelle aree di “confine urbano”, negli anni, siano divenute tendenzialmente zone di “confine sociale”, specialmente a causa di un *vulnus* identificabile, in prima istanza, con un tessuto istituzionale e di governo di Comune e Municipi non adeguato ad un contesto siffatto.

Risulta evidente, dunque, che la costituzionalizzazione dello status di Capitale nazionale per Roma non abbia coinciso con una prospettiva di programmazione dello sviluppo complessivo della città. L’attuazione della norma costituzionale del 2001 è stata affidata all’art. 24 della l. 5 maggio 2009, n. 42², concernente la “Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, e dei conseguenti decreti di attuazione”. Con il d.lgs. 17 settembre 2010, n. 156, relativo all’ordinamento transitorio, si sancisce

² La norma indicata, al comma 2, espressamente accoglieva i motivi più generale della “specialità” della Capitale d’Italia, affermando testualmente: «*Roma capitale è un ente territoriale, i cui attuali confini sono quelli del comune di Roma, e dispone di speciale autonomia, statutaria, amministrativa e finanziaria, nei limiti stabiliti dalla Costituzione. L’ordinamento di Roma capitale è diretto a garantire il miglior assetto delle funzioni che Roma è chiamata a svolgere quale sede degli organi costituzionali nonché delle rappresentanze diplomatiche degli Stati esteri, ivi presenti presso la Repubblica italiana, presso lo Stato della Città del Vaticano e presso le istituzioni internazionali*». Le conseguenti e ulteriori funzioni amministrative venivano identificate, al comma 3, della stessa norma in materia di 1) valorizzazione dei beni storici, artistici, ambientali, fluviali; 2) sviluppo economico e sociale di Roma, con esplicita specificazione dei settori produttivo e turistico; 3) sviluppo urbano e pianificazione territoriale; 4) edilizia pubblica e privata; 5) organizzazione e funzionamento dei servizi urbani; 6) protezione civile; 7) ulteriori funzioni conferite ai sensi dell’art. 118 Cost..

essenzialmente la nuova denominazione dell'ente, da comune di Roma a Roma Capitale, disciplinando essenzialmente funzioni e articolazioni dei più importanti organi di governo democratico della città, cioè Assemblea capitolina, Giunta capitolina e Sindaco. Il d.lgs. 18 aprile 2012, n. 61 ha, invece, delineato un complesso di interventi finalizzato alla programmazione pluriennale di investimenti pubblici di rilievo nazionale³. In materia di valorizzazione dei beni storici e artistici cittadini, il decreto attribuisce alla Conferenza delle Soprintendenze ai beni culturali del territorio di Roma capitale funzioni in materia di decisione del piano degli investimenti, definizione delle strategie e obiettivi di valorizzazione, coordinamento strategico degli interventi di valorizzazione dei beni culturali, promozione della stipula di accordi per la valorizzazione di beni di appartenenza pubblica, adozione di piani di gestione di siti UNESCO. Per ciò che concerne beni ambientali e fluviali, a Roma Capitale sono attribuite funzioni di definizione delle politiche di tutela e valorizzazione del paesaggio, di definizione degli indirizzi e dei criteri relativi alle attività di tutela, pianificazione, recupero, riqualificazione e valorizzazione del paesaggio, di vigilanza sui beni paesaggistici. Ulteriori funzioni amministrative sono poi conferite a Roma capitale relativamente al settore fieristico e turistico. Così come sono implementate, pur senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, le funzioni in materia di protezione civile per l'attuazione di interventi d'emergenza causati da eventi naturali o causati dall'uomo da fronteggiare senza l'impiego di mezzi e poteri straordinari. È stabilito, inoltre, che entro il 31 maggio di ogni anno venga concordato tra Roma Capitale ed il Ministero dell'Economia e delle Finanze modalità ed entità del concorso della città al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica, mediante la forma dell'accordo. Punto significativo, esplicitato all'art. 12, comma 2, del decreto è rappresentato dall'esclusione delle risorse erariali conferite a Roma Capitale per l'esercizio delle funzioni sopra menzionate per il rispetto dell'equilibrio finanziario intero⁴. L'art. 12, comma 3, ancora del decreto legislativo garantisce inoltre l'erogazione diretta a Roma Capitale delle risorse perequative richiamate all'art. 119 Cost.

Tale programma finanziario e d'investimento così sinteticamente richiamato in alcuni suoi tratti più significativi non ha trovato, in realtà, inveramento nella legislazione successiva, con, di contro, l'abrogazione delle disposizioni contenute nella l. speciale 15 dicembre 1990, n. 396, che, pur in forma non organica e con limiti di efficacia, aveva comunque consentito l'afflusso e il beneficio di ulteriori risorse statali in favore della Capitale.

3. Aspetti della metropolitaneità.

Roma Capitale, accanto ai peculiari nodi strettamente legati alla sua funzione nazionale e alle ragioni di specialità già ricordate, assolve al complesso ruolo di città metropolitana, nella quale sono inclusi 121 Comuni e 15 Municipi, complessivamente circa 4 milioni e mezzo di abitanti ed una superficie complessiva di oltre 5 mila e trecento chilometri quadrati. Quotidianamente Roma registra

³ Tale rilievo è assicurato dal peculiare *iter* di formazione delle intese nelle quali sono definiti i contenuti della programmazione in questione. In merito, all'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 61 del 2012 testualmente si afferma: «Allo scopo di dare organica attuazione agli interventi individuati ai sensi del comma 1, la cui realizzazione è perseguita mediante una più stretta cooperazione tra i diversi livelli istituzionali di governo, Roma capitale stipula una apposita intesa istituzionale di programma con la Regione Lazio e con le amministrazioni centrali competenti». Al comma 3 del medesimo articolo si aggiunge: «L'intesa istituzionale di programma di cui al comma 2 è approvata dal CIPE, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281». Il comma 5 esplicita ulteriormente la valenza nazionale degli interventi oggetto dell'intesa nei seguenti termini: «Nell'ambito dell'intesa istituzionale di programma, le amministrazioni centrali concorrono al finanziamento degli interventi di interesse nazionale nel territorio di Roma capitale, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente e di quelle allo scopo autorizzate».

⁴ La norma menzionata così testualmente dispone: «Nel saldo finanziario utile ai fini del rispetto del patto di stabilità interno non sono computate le risorse trasferite dal bilancio dello Stato e le spese, nei limiti delle predette risorse, relative alle funzioni amministrative conferite a Roma capitale in attuazione dell'articolo 24 della legge delega e del presente decreto. Non sono altresì computate le spese relative all'esercizio delle funzioni di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto, previa individuazione, nella legge di stabilità, della copertura degli eventuali effetti finanziari».

un afflusso di pendolari dal territorio limitrofo pari a circa 300 mila persone⁵. Per ciò che attiene ai processi di urbanizzazione, Roma, fino agli anni Settanta, ha presentato la forma della tradizionale grande città, per iniziare a mutare profondamente già negli anni Ottanta e Novanta, periodo in cui il dibattito sull'area metropolitana romana volgeva l'attenzione prevalentemente alla provincia di Roma, prescindendo dai Comuni delle aree interne montane e quelli della corona più esterna alla città. Lo sviluppo dell'attrattività insediativa iniziava a prendere le mosse proprio da quegli anni, con la conseguente larga espansione della periferia, a carattere prevalentemente residenziale. In un contesto del genere, si ritrovano dunque a convivere in un medesimo territorio metropolitano processi di urbanizzazione qualitativamente e cronologicamente differenti. La compresenza di aree urbane e territori non urbanizzati è un corollario necessario. Roma risulta, in più, essere una città scarsamente popolata per densità abitativa per chilometro quadrato: basti comparare, con riferimento ai dati Eurostat 2018, gli oltre 21 mila abitanti per chilometro quadrato di Parigi, o gli oltre 4 mila abitanti di Berlino, con i poco più di 800 della Capitale italiana (superata da Napoli, ad esempio, con oltre 2 mila e seicento abitanti)⁶.

La città metropolitana di Roma, inoltre, presenta un altro tratto peculiare: in essa è ricompresa una delle superfici agricole più importanti d'Europa, infatti questa, secondo dati Eurostat relativi al 2016, si estende per oltre 2 mila chilometri quadrati, mentre una città come Parigi possiede superfici agricole per poco più di 100 chilometri quadrati, e Berlino quasi 900⁷.

3. Governo e la gestione amministrativa della città metropolitana: interventi normativi e proposte di legge.

I numerosi e conseguenti problemi afferenti il governo di un simile "ircocervo", risultato delle dinamiche sopra brevemente ricordate, hanno portato, specialmente nella XVII Legislatura ad alcune proposte di legge, volte all'adozione di una legislazione idonea a equilibrare i caratteri di "capitalità" e di "metropolitanità" che, come visto, convivono nella vicenda specifica di Roma Capitale.

Certamente, un punto di partenza con cui le proposte intervenute nei lavori del legislatore negli anni più recenti è rappresentato dalla l. 7 aprile 2014, n. 56, cd. "Delrio", concernente "Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni". La stessa, in particolar modo, all'art. 1, commi 101, 102 e 103, ha posto in essere una base giuridica e normativa, sussunta dalla disciplina più generale delle città metropolitane⁸, pur salvaguardando gli interventi con carattere speciale precedenti⁹, su cui può verosimilmente poggiare una "comunità di comuni", essenzialmente affidata a organi di governo di secondo grado. Il fulcro normativo di tale processo di transizione è individuato nello [statuto della città metropolitana di Roma Capitale](#)¹⁰.

A partire da tale cornice giuridica, non sono stati radi i tentativi di ulteriore definizione del governo e della gestione amministrativa di Roma Capitale. *Ex multis*, di seguito si propone una essenziale analisi di alcune delle iniziative legislative sviluppate nel corso della XVII e della XVIII Legislatura.

⁵ Cfr. F. PACIFICO, *Roma, l'invasione dei pendolari: in 300 mila dall'hinterland, ma tre su quattro vanno in auto*, in [Il Messaggero](#) di mercoledì 2 ottobre 2019.

⁶ Cfr. [Population density by NUTS 3 region](#), alla pagina web dell'Ufficio statistico dell'Unione europea ([Eurostat](#)).

⁷ Cfr. [Area by NUTS 3 region](#), *ibidem*.

⁸ Così testualmente l'art. 1, comma 101, della L. n. 56 del 2014: «Salvo quanto previsto dai commi 102 e 103, la città metropolitana di Roma capitale è disciplinata dalle norme relative alle città metropolitane di cui alla presente legge».

⁹ All'art. 1, comma 102, infatti disciplina in tal guisa: «Le disposizioni dei decreti legislativi 17 settembre 2010, n. 156, 18 aprile 2012, n. 61, e 26 aprile 2013, n. 51, restano riferite a Roma capitale, come definita dall'articolo 24, comma 2, della legge 5 maggio 2009, n. 42».

¹⁰ Secondo quanto contemplato dall'art. 1, comma 103, lo stesso [Statuto della città metropolitana](#) che: «con le modalità previste al comma 11, disciplina i rapporti tra la città metropolitana, il comune di Roma capitale e gli altri comuni, garantendo il migliore assetto delle funzioni che Roma è chiamata a svolgere quale sede degli organi costituzionali nonché delle rappresentanze diplomatiche degli Stati esteri, ivi presenti, presso la Repubblica italiana, presso lo Stato della Città del Vaticano e presso le istituzioni internazionali».

4.1. *La proposta di legge “Fassina e altri” e il disegno di legge “Tocci e Astorre”.*

A partire dall'esigenza di riforma e rinnovamento, scaturita dalla crisi politica e amministrativa attraversata da Roma, il 14 gennaio 2016 veniva presentata una proposta di legge., con primo firmatario l'On. Stefano Fassina (A.C. 3532), con la quale i proponenti intendevano superare l'assetto del comune di Roma, per l'assorbimento delle competenze e funzioni di quest'ultimo in favore della costituita città metropolitana. Nel quadro di tale processo, la p.d.l. in esame si preoccupa centralmente di garantire un fondamento democratico al tale unificazione di competenze e allo sviluppo dell'ente nuovo di area vasta, per mezzo, *in primis*, dell'elezione diretta di sindaco e consiglio della città metropolitana di Roma (indicando il numero dei componenti del consiglio in 45 membri) da parte degli elettori residenti entro i confini di quest'ultima (art. 1, comma 1).

L'esigenza avvertita dai presentatori è, ancora una volta, quella di un governo forte ed efficace dell'ente di area vasta, attraverso l'ordinamento metropolitano, fondato sulle cosiddette “amministrazioni di prossimità”, delegando al dettato dello [Statuto della città metropolitana](#) un riparto equilibrato di funzioni tra comuni e città metropolitana, sviluppando quanto già contemplato, pur in forma non complessivamente organica, dalla l. n. 56 del 2014. Ciò è volto alla realizzazione di un “patto repubblicano” tra le diverse istituzioni, nell'evidenza della competenza riservata alla legge regionale nell'istituzione di nuovi comuni e nel riparto di funzioni *ex art.* 118 Cost; si opera ai sensi della l. n. 56 del 2014 con lo stimolo di intese multilivello per la definizione delle aree “omogenee”, cui la Proposta in esame fa esplicito riferimento all'art. 1, comma 2, richiamando la normativa nazionale già ricordata e identificando, di regola, i territori dei diversi Municipi interessati con singole zone omogenee.

Sulla falsariga di tale indirizzo, in particolare di portare a compimento il processo iniziato con la “costituzionalizzazione” di Roma come capitale d'Italia del 2001, e della necessità di, contestualmente, implementare, dare organicità e superare le previsioni della legge “Delrio”, il 25 gennaio 2016 è stato presentato al Senato della Repubblica il Disegno di legge “Tocci e Astorre” (A.S. 2214), concernente “Modifiche alla legge 7 aprile 2014, n. 56”, con il quale i presentatori hanno riproposto, anche nei lavori di Palazzo Madama, l'esigenza di garantire la piena partecipazione e coinvolgimento del corpo elettorale al percorso di costruzione del governo della città metropolitana di Roma Capitale (art. 1, comma 1, lett. b)) e di sviluppare, in tempi celeri, la suddivisione omogenea del territorio metropolitano in zone¹¹.

4.2. *La proposta di legge “Causi”.*

Tra le proposte della XVII Legislatura, la proposta di legge “Causi” (A.C. 4750), presentata il 22 novembre 2017 alla Camera dei Deputati, si distingue per le spiccate caratteristiche d'organicità nel definire quell'articolazione legislativa di equilibrio, in grado di far transitare Roma verso un assetto giuridico, amministrativo ed istituzionale complessivamente d'insieme. Questa, oltre a perseguire la ricerca di quella giusta relazione, si pone nell'ottica della definizione di sedi amministrative ed istituzionale di “co-governo” e “co-gestione” dei servizi da parte di livelli di governo differenti (regionale e metropolitano-comunale). Tale indirizzo legislativo aspira alla ridefinizione di Roma come città metropolitana ed ente nuovo, d'area vasta, comprendente il perimetro comunale e quello

¹¹ A tal proposito, così disponeva l'art. 2, comma 2 del d.d.l. “Tocci e Astorre”: «*In deroga a quanto previsto all'articolo 1, comma 22, ultimo periodo, della legge 7 aprile 2014, n. 56, la città metropolitana di Roma capitale, entro sei mesi dalla proclamazione del sindaco metropolitano eletto a suffragio universale e diretto, realizza la ripartizione del proprio territorio in zone dotate di autonomia amministrativa, caratterizzate da contiguità territoriale, da una significativa integrazione socio-economica e culturale e da omogenee caratteristiche territoriali e ambientali, in coerenza con quanto previsto dallo statuto, ai sensi del comma 11, lettera c), del citato articolo 1. Il territorio di ciascuno degli attuali municipi di Roma capitale costituisce, in ogni caso, una zona omogenea*».

dell'ex territorio provinciale¹² con l'elezione diretta della figura del sindaco metropolitano¹³, sulla scorta dell'esperienza londinese; si contempla anche il suo ruolo di partecipazione al Consiglio dei Ministri quando lo stesso assume funzioni di commissario, e quello di membro di diritto della Conferenza Stato-città ed autonomie locali. Ad un ente siffatto, la p.d.l. in esame attribuisce le funzioni proprie dello status di Capitale nazionale, tramutando, parallelamente, gli odierni Municipi in veri e propri Comuni metropolitani (art. 8, comma 1), con funzione di prima istanza e di "sinapsi" amministrativa, di collegamento tra prerogative dell'ente di prossimità ed ente centrale.

L'autonomia "speciale" disegnata per Roma Capitale dalla p.d.l. "Causi", si pone nel solco del d.d.l. "Prodi-Lanzillotta" del 2007 (A.C. 1464 della XV Legislatura), con un'ulteriore attribuzione di "specialità" in favore di Roma Capitale: esso punta ad innalzare il rango del controllo sull'attività regolamentare dell'ente e a sospingere la stessa iniziativa di riforma e rinnovamento della città. Infatti, Roma Capitale, nell'esercizio dei propri poteri regolamentari, adotta un *iter* procedurale proprio dei circuiti ministeriali, sostanziato dalla necessaria acquisizione di un parere non vincolante da parte del Consiglio di Stato, o da parte della Corte dei conti per i regolamenti in materia finanziaria (art. 10, comma 3, lett. f), g)).

I mezzi concreti attraverso cui operare sono rappresentati: dal superamento del dualismo nella gestione del patrimonio immobiliare volto all'attuazione delle politiche abitative (oggi diviso tra Comune e Regione), in favore della gestione esclusiva dell'azienda territoriale per l'edilizia residenziale (ATER) (art. 13, comma 1); dal passaggio in favore dello Stato della gestione delle scuole dell'infanzia comunale (art. 13, comma 2); dall'assegnazione al Tavolo di raccordo interistituzionale¹⁴, e a un conseguente decreto governativo, della definizione degli ambiti territoriali ottimali per la gestione dei servizi di pubblica utilità locale a Roma e nel Lazio sulla base di proposte tecniche elaborate dalle autorità indipendenti, a seconda dei settori considerati (art. 13, comma 3); dall'istituzione di un'agenzia unica di livello regionale (con contestuale soppressione di quelle oggi esistenti a vario livello nella Regione), compartecipata da tutti gli enti, per la programmazione del trasporto pubblico locale e della mobilità a Roma e nel Lazio (art. 13, comma 4); dalla realizzazione di una gestione integrata, con biglietto unico di accesso, dell'area archeologica centrale, mediante un progetto promosso dalla Conferenza delle soprintendenze ai beni culturali di Roma (art. 13, comma 5).

4.3. *Il d.d.l. costituzionale "Quagliariello e Augello"*.

Di sicuro interesse, nell'ambito di questa breve rassegna di alcuni tra i tentativi di innovare la legislazione successiva alla riforma costituzionale del 2001 ed all'adozione della legge "Delrio", è a buon diritto il d.d.l. costituzionale, elaborato dai senatori Gaetano Quagliariello ed Andrea Augello, presentato il 23 febbraio 2016, concernente "Modifica dell'articolo 116 della Costituzione in materia di autonomia speciale di Roma e istituzione di Roma Capitale Città Metropolitana". Ciò che

¹² Così l'art. 1, comma 1, della p.d.l. "Causi": «Roma è un ente territoriale autonomo ai sensi dell'articolo 114, terzo comma, della Costituzione, i cui confini, per la fase della sua prima istituzione, coincidono con quelli della città metropolitana di Roma Capitale».

¹³ L'art. 7, comma 1, della p.d.l. afferma: «Il sindaco dura in carica cinque anni ed è eletto a suffragio universale e diretto dagli elettori dei comuni che ricadono nel territorio di Roma, contestualmente all'elezione dei consiglieri dell'assemblea.».

¹⁴ Il Tavolo in questione così è definito all'art. 12, comma 1: «Il tavolo di raccordo interistituzionale istituito dall'articolo 14, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2012, n. 61, assume la denominazione di Tavolo di raccordo interistituzionale per Roma. Oltre alle funzioni già assegnate, comprese quelle previste dall'articolo 16, comma 3, del decreto-legge 6 marzo 2014, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 maggio 2014, n. 68, assume le funzioni di coordinamento generale e di monitoraggio delle azioni dello Stato, della regione Lazio e di Roma sul territorio di Roma, con particolare riferimento alla programmazione pluriennale degli interventi prevista dall'articolo 3 del decreto legislativo n. 61 del 2012 e al suo monitoraggio, alla partecipazione di Roma alle ordinarie procedure di programmazione degli investimenti pubblici per le città metropolitane e al monitoraggio sull'attuazione della presente legge».

caratterizza questa iniziativa legislativa rispetto a quelle esaminate precedentemente è *naturaliter* il carattere costituzionale della stessa, finalizzata alla parziale abrogazione dell'art. 116 Cost., includendo Roma Capitale Città Metropolitana tra quegli enti cui è riconosciuta nella Carta fondamentale una autonomia¹⁵. Rileva, *prima facie*, la peculiarità di tali enti (regioni a statuto speciale e provincie autonome), i quali adottano il proprio statuto per mezzo di legge di rango costituzionale. Il d.d.l. in questione, disegna all'art. 3 l'articolazione della gestione politica ed amministrativa di "Roma Capitale Città Metropolitana", enumerando i seguenti organi di governo e rappresentanza: sindaco di Roma Capitale Città Metropolitana, la Giunta di Roma Capitale Città Metropolitana (composta da un massimo di 15 membri), il Consiglio di Roma Capitale Città Metropolitana (composto da 30 consiglieri) e il Consiglio dei Sindaci dei Comuni parte dell'area vasta di Roma Capitale Città Metropolitana, residuando in favore dello [statuto della città metropolitana](#) un bilanciamento di dettaglio tra le funzioni e prerogative dei diversi organi. Agli artt. 5 e 6, il d.d.l. "Quagliariello e Augello" definiscono da un lato competenze e funzioni peculiari di Roma Capitale attraverso una dettagliata elencazione delle medesime¹⁶, sia sedi e disciplina di raccordo tra la città

¹⁵ L'art. 1 del d.d.l. "Quagliariello e Augello" così testualmente afferma: «*All'articolo 116, primo comma, della Costituzione sono apportate le seguenti modificazioni: a) le parole «Trentino-Alto Adige/Südtirol e la Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste» sono sostituite dalle seguenti: «Trentino-Alto Adige/Südtirol, la Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste e Roma Capitale Città Metropolitana»; b) è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Lo statuto speciale di Roma Capitale Città Metropolitana determina le forme di raccordo con la regione Lazio per l'esercizio delle funzioni legislative e amministrative nelle materie determinate dallo stesso statuto».*

¹⁶ All'art. 5 del d.d.l. si riconosce il trasferimento in favore di Roma Capitale Città Metropolitana di tutte le funzioni assegnate alla città metropolitana di Roma dalla legge "Delrio" del 2014; sono fatte salve le specifiche competenze e funzioni attribuite a Stato e regione ex artt. 117 e 118, ferma la possibilità, da parte di questi enti di attribuire ulteriori funzioni, in accordo con il dettato del primo comma dell'articolo 118 Cost. Da sottolineare è la previsione contenuta al comma 3: «*Roma Capitale Città Metropolitana esercita le seguenti funzioni fondamentali, attraverso la potestà legislativa, nonché fissandone vincoli, limitazioni e obiettivi quali indirizzo per l'attività dei comuni e delle unioni dei comuni compresi nel suo territorio: a) pianificazione territoriale strategica integrata di Roma Capitale Città Metropolitana ivi compresa la pianificazione e tutela ambientale, dei beni culturali e paesaggistici, nonché il coordinamento dei piani comunali, fatte salve le competenze locali; b) pianificazione dei servizi di trasporto e dell'accessibilità integrata strategica, compresa quella terra-mare, il controllo e la gestione del trasporto privato; c) programmazione scolastica, delle politiche formative, della ricerca e dell'innovazione, nonché del loro trasferimento territoriale per la crescita competitiva, sostenibile, coesa di Roma Capitale Città Metropolitana; d) raccolta ed elaborazione dei dati, in ottemperanza alle direttive europee e coerentemente al sistema informativo geografico regionale; e) politiche per l'occupazione e la formazione professionale, con particolare riferimento alle politiche di inserimento professionale di genere, a quelle rivolte all'inclusione sociale, ai giovani e alle politiche di sostegno per la terza età; f) adozione e aggiornamento annuale di un piano strategico quinquennale del territorio metropolitano; g) pianificazione territoriale generale, ivi comprese le reti di comunicazione, le infrastrutture, i servizi di interesse pubblico generale; h) organizzazione dei servizi di interesse economico generale; i) predisposizione dei documenti di gara, d'intesa con i commi in qualità di unica stazione appaltante, di monitoraggio centralizzato dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e relative procedure selettive; l) garanzia di efficienza e accessibilità nel settore dei trasporti e della mobilità; m) promozione e coordinamento dello sviluppo economico e sociale, secondo criteri di competitività, sostenibilità e coesione anche assicurando sostegno ai sistemi imprenditoriali produttivi, alla ricerca e all'innovazione; n) promozione, coordinamento e gestione dei sistemi digitalizzati ai fini di facilitare la trasparenza e l'accesso ai servizi e alle informazioni da parte dei cittadini; programmazione, pianificazione e gestione della raccolta dei rifiuti, della predisposizione di isole ecologiche, dei processi di metabolizzazione industriale e riciclo; u) approvazione, attuazione e implementazione degli strumenti urbanistici sotto-ordinati a Roma Capitale Città Metropolitana al fine di snellire le procedure burocratiche e renderle maggiormente accessibili e trasparenti, ivi comprese la determinazione delle tabelle parametriche degli oneri di urbanizzazione, l'approvazione del piano parcheggi nonché dei nodi di interscambio, dei progetti di opere pubbliche e delle relative necessarie procedure di esproprio; v) sviluppo dei piani di gestione integrata e sostenibile del turismo, ivi inclusi quelli elaborati dall'UNESCO, previa consultazione degli operatori del settore, per aumentare l'attrattività del territorio di Roma Capitale Città Metropolitana; z) sviluppo dei piani di gestione integrata e sostenibile in ambito di sviluppo rurale; aa) sviluppo dei piani di sostenibilità di sistema: aria, acqua, sottosuolo, flora e fauna, paesaggio naturale e antropizzato, insediativo e socio-economico urbano, rurale, rumore, vibrazioni, radiazioni ionizzanti; bb) sviluppo e attuazione delle politiche europee per il contrasto al cambiamento climatico, l'attuazione di politiche di tutela ambientale, la gestione del fenomeno migratorio, l'efficienza energetica, il miglioramento delle condizioni di lavoro, della qualità e degli stili di vita, la crescita dell'occupazione giovanile; cc) pianificazione e partecipazione a programmi e progetti transnazionali per l'adeguamento del sistema territoriale e sociale ai parametri europei, nonché alle best practices internazionali dd) programmazione, pianificazione e progettazione di investimenti a*

metropolitana altre istituzioni, rappresentanze diplomatiche estere e Stato del Vaticano, essenzialmente realizzate per il tramite della “la Conferenza di coordinamento per Roma Capitale Città Metropolitana”. L’art. 7 della proposta di riforma in esame pone in capo al M.E.F. la determinazione dei maggiori oneri derivante dall’attribuzioni di tali funzioni alla città metropolitana di Roma, in quanto Capitale della Nazione, attraverso un decreto e previa acquisizione del parere della Commissione parlamentare per l’attuazione del federalismo fiscale e delle Commissioni competenti le questioni di carattere finanziario¹⁷. Per la realizzazione degli interventi di sviluppo infrastrutturale è estesa la procedura della programmazione pluriennale, da concretizzarsi per mezzo di intese istituzionali tra la città metropolitana, il Governo, la regione Lazio e amministrazioni centrali competenti, da sottoporre all’approvazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio, sentito il parere della Conferenza unificata ex art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

4.4. La proposta di legge costituzionale “Morassut”.

Per ciò che concerne la XVIII Legislatura, si registra sicuramente un minor numero di interventi presentati al dibattito delle Aule parlamentari. Tra questi, è da ricordare la proposta di legge costituzionale “Morassut” (A.C. 110), presentata il 23 marzo 2018, relativa a “Modifica degli articoli 114, 116, 131 e 132 della Costituzione, concernenti la struttura della Repubblica, la determinazione delle regioni, le forme e le condizioni particolari della loro autonomia e il procedimento per la fusione di regioni esistenti, la modifica del loro territorio e l’istituzione di nuove regioni”. In essa, si prevede all’art. 3, comma 1, lett. g), l’istituzione della «*Regione di Roma Capitale, comprendente l’ex Provincia di Roma*». Tale iniziativa è giustificata, nelle intenzioni dei proponenti, proprio in risposta ai caratteri di specialità di Roma, data dall’essere della Capitale d’Italia, e dalla presenza dello Stato della Città del Vaticano entro il perimetro cittadino. Tale scelta si inserisce nel quadro di una ridefinizione e riorganizzate di tutte le regioni italiane, in base a partizioni omogenee per storia, territorialità, tradizioni linguistiche e struttura economica, con nuove e diversi denominazioni afferenti più alla loro configurazione geografica che a quella identitaria.

5. Dal decentramento all’autonomia amministrativa.

L’attuale [Statuto capitolino](#), all’art. 26, comma 9, prevede una delega nella gestione di alcuni servizi individuati in favore dei Municipi, nella prospettiva di un decentramento gestionale. Tra essi si ritrovano: «a) i servizi demografici; b) i servizi sociali e di assistenza sociale; c) i servizi scolastici ed educativi; d) le attività e i servizi culturali, sportivi e ricreativi in ambito locale; e) le attività e i servizi di manutenzione urbana, di gestione del patrimonio capitolino, di disciplina dell’edilizia privata di interesse locale; f) le attività e i servizi relativi alla manutenzione delle aree verdi di interesse locale, con esclusione delle aree archeologiche, dei parchi e delle ville storiche; g) le iniziative per lo sviluppo economico nei settori dell’artigianato e del commercio, con esclusione della grande distribuzione commerciale; h) le funzioni di polizia urbana nelle forme e modalità stabilite dal Regolamento del Corpo di Polizia Locale di Roma Capitale».

Allo stato attuale, tuttavia, le entrate dirette in favore dei Municipi per l’erogazione di tali funzioni decentrate sono idonee a coprire circa un settimo della spesa legata a tali servizi. Si palesa, così,

valere sui fondi dell’Unione europea diretti ed indiretti e sulla partnership pubblico-privata; ee) accesso e gestione diretta a fondi dell’Unione europea e internazionali».

¹⁷ Il comma 2 della stessa norma chiarisce, in più, che «l’onere di cui al comma 1 è quantificato su proposta elaborata dai competenti uffici della Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, che si avvale della collaborazione dell’ISTAT e dell’Istituto per la finanza e l’economia locale (IFEL)».

un'essenziale disfunzione, rappresentazione evidente dei limiti strutturali del modello finora adottato e caratterizzato dal decentramento. Da questo punto di vista, emerge con forza l'opportunità di una riflessione sulla trasformazione sistematica di tali enti di prossimità, da Municipi e nuclei decentrati a Comuni dotati di autonomia, la quale può essere garantita con criteri d'effettività solamente con una dotazione di risorse finanziarie, umane, strumentali. In tal senso, in effetti, come constatato nell'analisi del dibattito legislativo intercorso negli anni più recenti, si sono sviluppate quasi tutte le principali iniziative di riforma dello *status* odierno della Capitale.

6. *Appunti per una riforma possibile.*

È sicuramente unanime l'esigenza di riformare l'assetto amministrativo, di governo e gestionale di Roma Capitale. Si può, altrettanto pacificamente, constatare che le diverse vie indicate come prodotto del dibattito parlamentare non abbiano, ad oggi, concretizzato una legislazione organica e rinnovata.

L'esigenza della riforma è tanto più avvertita se si volge lo sguardo alle esperienze di alcune tra le più importanti Capitali europee.

Nel caso di Berlino, in primo luogo, la "*Verfassung von Berlin*", mutuando il proprio dettato dalla "Costituzione di Berlino Ovest", sancisce la compresenza della forma giuridica della città e di quella del *Land*¹⁸, con attribuzione ai medesimi organi di governo e rappresentanza l'amministrazione tanto della città, quanto del *Land*¹⁹. In ragione del suo *status*, a Berlino sono riconosciuti quattro voti nel Bundesrat, come anche una propria rappresentanza nel consesso del Comitato delle Regioni dell'Unione Europea.

Per quanto attiene alle vicende di Madrid, è facile rilevare la coesistenza di due differenti livelli di governo e di amministrazione: l'uno municipale, l'*Ayuntamiento de Madrid*, l'altro e regionale la *Comunidad Autónoma de Madrid*. Nel caso spagnolo, è una legge statale, per effetto del rinvio operato dallo statuto della *Comunidad*²⁰, a disciplinare la coesistenza delle funzioni della città con quelle di Capitale. Si tratta della *Ley* del 4 luglio 2006, n. 22, la quale, in verità, per esplicita previsione contenuta all'art. 1, dispone in merito alle funzioni della città e non a quelle della *Comunidad*²¹. Il governo cittadino è, così, affidato agli organi del Sindaco (*Alcalde*), del Consiglio (*Pleno* o *Ayuntamiento Pleno*) ed esecutivo (*Comision de Gobierno*). È la *Ley Orgánica* n. 3 del 1983 a disciplinare l'articolazione giuridica e amministrativa della *Comunidad Autónoma* di Madrid, la quale comprende territorialmente l'intera area della provincia, assorbendo in sé funzioni e competenze della provincia medesima e dei municipi ricompresi territorialmente. Gli organi fondamentali della *Comunidad* sono l'Assemblea legislativa, eletta con metodo proporzionale ogni quattro anni, il Presidente, con compiti di rappresentanza, ed il Governo, con funzioni di direzione della politica della Comunità di natura amministrativa ed esecutiva. All'Assemblea sono attribuiti numerosi poteri e funzioni (artt. 15 e 16), tra cui: il potere legislativo (numerose materie sono nella competenza esclusiva di quest'organo *ex art. 27*), di elezione del Presidente, di approvazione dei bilanci e degli atti contabili, di controllo dei mezzi di comunicazione pubblici della Comunità; poteri

¹⁸ L'art. 1, commi 1 e 2, della [Costituzione di Berlino](#) così afferma: «*Berlin ist ein deutsches Land und zugleich eine Stadt. Berlin ist ein Land der Bundesrepublik Deutschland*».

¹⁹ Quanto richiamato è così esplicitato all'art. 3, comma 2, della [Costituzione di Berlino](#): «*Volksvertretung, Regierung und Verwaltung einschließlich der Bezirksverwaltungen nehmen die Aufgaben Berlins als Gemeinde, Gemeindeverband und Land wahr*».

²⁰ L'art. 6 della [Ley Orgánica del 25 febbraio 1983, n. 3](#) così testualmente dispone: «*La villa de Madrid, por su condición de capital del Estado y sede de las instituciones generales, tendrá un régimen especial, regulado por Ley votada en Cortes. Dicha Ley determinará las relaciones entre las Instituciones estatales, autonómicas y municipales, en el ejercicio de sus respectivas competencias*».

²¹ L'art. 1, comma 1, della [Ley del 4 luglio 2006, n. 22](#) così recita: «*La presente Ley regula el régimen especial de la Villa de Madrid así como las peculiaridades del mismo en cuanto capital del Estado y sede de las instituciones generales, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad de Madrid*».

in materia di definizione dei tributi locali, di elezione della rappresentanza senatoriale della Comunità; promozione dei ricorsi di incostituzionalità contro atti del Governo centrale lesivi delle competenze della Comunità; poteri di ratifica delle convenzioni della Comunità stipulate con le altre Comunità autonome.

È certamente agevole constatare che la normativa vigente in Italia presenti, di per sé, margini di avanzamento verso la ricerca di quell'equilibrio tra specialità e città metropolitana per Roma. La stessa legge "Delrio", a partire dalle disposizioni già ricordate e tese a prefigurare quella "comunità di comuni" di cui è avvertito estremo e urgente bisogno, consente di compiere significativi passi in avanti nella giusta direzione.

In effetti, come disposto dal comma 22 dell'art. 1: *«lo statuto della città metropolitana può prevedere l'elezione diretta del sindaco e del consiglio metropolitano con il sistema elettorale che sarà determinato con legge statale. È inoltre condizione necessaria, affinché si possa far luogo a elezione del sindaco e del consiglio metropolitano a suffragio universale, che entro la data di indizione delle elezioni si sia proceduto ad articolare il territorio del comune capoluogo in più comuni. A tal fine il comune capoluogo deve proporre la predetta articolazione territoriale, con deliberazione del consiglio comunale, adottata secondo la procedura prevista dall'articolo 6, comma 4, del testo unico. La proposta del consiglio comunale deve essere sottoposta a referendum tra tutti i cittadini della città metropolitana, da effettuare sulla base delle rispettive leggi regionali, e deve essere approvata dalla maggioranza dei partecipanti al voto. È altresì necessario che la regione abbia provveduto con propria legge all'istituzione dei nuovi comuni e alla loro denominazione ai sensi dell'articolo 133 della Costituzione. In alternativa a quanto previsto dai periodi precedenti, per le sole città metropolitane con popolazione superiore a tre milioni di abitanti, è condizione necessaria, affinché si possa far luogo ad elezione del sindaco e del consiglio metropolitano a suffragio universale, che lo statuto della città metropolitana preveda la costituzione di zone omogenee, ai sensi del comma 11, lettera c), e che il comune capoluogo abbia realizzato la ripartizione del proprio territorio in zone dotate di autonomia amministrativa, in coerenza con lo statuto della città metropolitana».*

A fronte di tale cristallino dettato normativo, è pienamente possibile procedere, senza ricorso ad attività legislativa ulteriore delle Camere, attraverso un percorso legislativo regionale, che istituisca nuovi Comuni e la regolamentazione amministrativa che trova fondamento nello [Statuto della città metropolitana di Roma Capitale](#), riuscendo, per questa via, ad incrementare auspicabilmente competenze e funzioni di quelli che, attualmente, sono i diversi Municipi. Importante, potrebbe realmente essere un fruttuoso lavoro della Commissione "Roma Capitale", istituita ex art. 23-bis dello [Statuto di Roma Capitale](#)²² e con un carattere permanente nell'esercizio delle proprie «funzioni istruttorie, referenti, redigenti e di controllo in materia di Ordinamento di Roma Capitale, Statuto, Assetti organizzativi e Decentramento, Personale, Semplificazione amministrativa, Partecipazione ed iniziativa popolare, Smart City e Innovazione Tecnologica». Proprio dai lavori e dalle competenze statutariamente ad essa riconosciute potrebbe risultare verosimile l'elaborazione di una riforma degli assetti di Roma Capitale che parta dalle istituzioni e dalle proposte cittadine.

Corollario necessario di tale profondo mutamento in senso autonomistico è rappresentato dalla necessità di prevedere un autentico decentramento territoriale ed operativo delle più importanti società partecipate (ACEA, ATAC, AMA), che sappia coniugarsi con un sistema di gestione dei servizi pubblici locali (energia, trasporti, acqua rifiuti) su scala metropolitana, attraverso imprescindibili processi di internalizzazione dei servizi concessi in appalto, al fine, ulteriormente, di un'effettiva garanzia di omogenea fruizione e di una autentica perequazione delle risorse finanziarie.

²² All'art. 23-bis, comma 1, dello [Statuto di Roma Capitale](#), i fini perseguiti e la struttura della Commissione in oggetto vengono così precisati: «Al fine di programmare e promuovere politiche rivolte al miglioramento dell'organizzazione e dell'attività amministrativa e regolamentare di Roma quale Capitale della Repubblica ai sensi dell'art. 114, terzo comma, della Costituzione, è istituita la Commissione Roma Capitale, Statuto e Innovazione Tecnologica composta da Consiglieri e Consiglieri Capitolini, in modo da rispecchiare, di norma, la proporzione dei Gruppi».

Di tale percorso, è tappa fondamentale il superamento dell'obsoleta struttura amministrativa ereditata dall'esperienza del Comune di Roma. Una struttura di area vasta, unificata nelle competenze, risulta imprescindibile per il governo delle grandi politiche infrastrutturali, per lo sviluppo economico locale e per la promozione di uno sviluppo economico socialmente ed ecologicamente compatibile. Gli strumenti per dare un fondamento democratico sono ben presenti già nello [Statuto capitolino](#), con la previsione dell'elezione diretta di sindaco e consiglieri, e da affiancarsi a forme di adeguata rappresentanza dei territori, come quella definita di collegi elettorali disegnati per la *ex* Provincia di Roma.

Considerazione di non minore importanza, è che il rinnovato assetto metropolitano per Roma comporterebbe una sicura riforma del Testo unico sull'ordinamento degli Enti locali.

Sullo sfondo degli interventi legislativi possibili, vi è, come visto, la possibilità di superamento della stessa città metropolitana in favore della Regione di Roma, con un'immediata unificazione di poteri legislativi, amministrativi, rappresentativi, la quale creerebbe una situazione di certo nuova ed una sfida importante per il rinnovamento del governo e degli assetti istituzionali-amministrativi della Capitale.

Ciò che è sicuro è che efficaci strumenti d'intervento e rigenerazione per Roma esistono. Come sempre, si tratta di definire percorsi ed iniziative in grado di raccogliere propositi, volontà e azioni.

Vincenzo Sciarabba

Riflessioni di inizio anno tra tutela della salute, organizzazione e funzionamento della giustizia e garanzia dei diritti e principi fondamentali (a partire da una questione pregiudiziale sollevata, in parallelo a una questione di costituzionalità, da un Giudice di pace italiano)* **

ABSTRACT: *The essay takes its cue from an interesting order of the Court of Justice that declared inadmissible a request for a preliminary ruling made by an Italian Justice of the Peace. After analyzing the Luxembourg Court's decision and the useful indications that can be derived from it on a procedural level, it dwells on the underlying substantive issues. In addition, drawing inspiration from the extensive reasoning of the Italian judge's application and using it as an example, some more general reflections are developed on some of the "evils" of our times and on some possible solutions.*

SOMMARIO: 1. Introduzione e considerazioni preliminari. – 2.1. La “questione” posta alla Corte di giustizia dal Giudice di pace di Lanciano... – 2.2. ...e le ragioni della sua irricevibilità. – 2.3. (segue) Sull'applicabilità della Carta e sul nesso tra essa, il procedimento principale e “altre disposizioni del diritto dell'Unione”. – 3. Profili di merito: osservazioni generali. – 4.1. Criticità più strettamente riferibili alla posizione del giudicante... 4.2. ...a prescindere dall'emergenza sanitaria... – 4.3. ...o (anche) in relazione alle misure adottate nel contesto della pandemia. – 4.4. A proposito della lamentata lesione dell'indipendenza del giudice. – 5.1. La lamentata violazione del principio del giusto processo e altre criticità riferibili alla posizione delle parti... – 5.2. ...e, più in generale, alla “descritta situazione di crisi sistemica della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento interno”, in conseguenza della “paralisi delle procedure di tutela e garanzia dei diritti”. – 6.1. Alcuni insegnamenti e spunti di riflessione che possono trarsi dalla vicenda, sul piano procedurale... – 6.2. ... e sul piano sostanziale, quale “spia” di tre mali sempre più radicati nei nostri tempi. – 6.3. Il primo “male”: l'incapacità di vedere la realtà. – 6.4. Il secondo “male”: l'incapacità di (re)agire e assumersi responsabilità, individualmente e collettivamente, davanti alla realtà. – 6.5. Il terzo “male”: l'incapacità di analizzare e risolvere i problemi in modo razionale ed equilibrato, secondo (in particolare) le più sofisticate ed efficaci logiche, costruttive e concilianti, del diritto e della giustizia costituzionale, piuttosto che in modo emotivo e... “squilibrato”, secondo le rozze e fuorvianti logiche, distruttive e divisive, della contrapposizione binaria, su base politica o su altre basi irrazionali. – 7. Un'osservazione conclusiva per chiudere il cerchio.

1. Introduzione e considerazioni preliminari.

Con [ordinanza del 10 dicembre 2020](#), in causa C-220/20, la Corte di giustizia ha dichiarato “manifestamente irricevibile” una questione pregiudiziale sottoposta da un Giudice di pace italiano (in specie di Lanciano, in Provincia di Chieti) con [ordinanza del 18 maggio del 2020](#), pervenuta in cancelleria il 28 maggio 2020, nella quale si chiedeva «[s]e gli articoli 2, 4, comma 3, 6, comma 1, e 9 del Trattato dell'Unione, gli articoli 67, commi 1 e 4, 81 e 82 del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea, in combinato disposto con gli articoli 1, 6, 20, 21, 31, 34, 45 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ost[i]no rispetto a disposizioni interne, quali gli articoli 42, 83 e 87 del decreto legge 17 marzo 2020 n. 18, la delibera del 31 gennaio 2020 del Consiglio dei Ministri che ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale sanitaria per sei mesi fino al 31 luglio 2020, gli articoli 14 e 263 del decreto legge 19 maggio 2020 n. 34, che hanno prorogato lo stato di emergenza nazionale per Covid-19 e la paralisi della giustizia civile e penale e dell'attività di lavoro amministrativo degli Uffici giudiziari italiani fino al 31 gennaio 2021, in

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.

** Un più breve commento alla decisione della Corte di giustizia da cui prende le mosse il presente scritto – ovvero l'[ordinanza del 10 dicembre 2020](#), in causa C-220/20 – è destinato a [Giustizia Insieme](#).

combinato disposto, violando le predette norme nazionali l'indipendenza del giudice del rinvio e il principio del giusto processo, nonché i diritti ad essi connessi della dignità delle persone, della libertà e della sicurezza, dell'uguaglianza davanti alla legge, della non discriminazione, di condizioni di lavoro eque e giuste, dell'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, della libertà di circolazione e di soggiorno».

La decisione, e in generale la vicenda, sembrano meritevoli di una certa attenzione, anche per le riflessioni più generali che essa stimola.

Le osservazioni che seguono – e che, si vuol da subito precisare, verranno sviluppate in buona parte, come in altri casi, anche nelle note¹ – si muoveranno, in ordine “decescente”, lungo tre crinali: questioni di procedura, di merito giuridico e di merito, in senso lato, politico (quest'ultimo nella misura in cui, inevitabilmente, si intreccia con i profili giuridici, salva sempre la possibilità e necessità di distinguere, pur in modo talora forzato e opinabile, in concreto e già in astratto, l'uno dagli altri).

Delle questioni di merito ci si occuperà meno a fondo o comunque in modo più frammentario rispetto a quelle procedurali per lo stesso motivo che in larga parte spiega, sul piano processuale, l'esito della vicenda (così come, per altro verso, l'inevitabile “parzialità” – o addirittura, come si diceva, frammentarietà – di questo scritto): e cioè la circostanza che nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla base della decisione da cui prende le mosse il presente lavoro (così come in quella, di qualche giorno successiva, con la quale *doglianze* analoghe sono state sottoposte in parallelo all'esame, o forse meglio all'*attenzione*, della Corte costituzionale) più che essersi formulate e *poste* delle “*questioni*” in senso tecnico², si sono presentate una cornucopia di problemi,

¹ Così in parte si farà, tra l'altro, anche in riferimento a quello specifico motivo di interesse della vicenda (ricordato poco oltre nel testo) consistente nella circostanza che, in parallelo alla questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di giustizia, il giudice del rinvio ha sollevato, con ordinanza del 28 maggio 2020, una questione di legittimità costituzionale, i cui contenuti e le cui finalità complessive largamente coincidono con quelli propri dell'ordinanza di rinvio al giudice dell'Unione.

² Vale a dire, a seconda dei casi – ossia, rispettivamente: (a) questione pregiudiziale e (b) questione di costituzionalità – ed a grandi linee (senza cioè alcuna pretesa di giungere a una definizione... definitiva, ma provando comunque a fornire “su due piedi” ...ovvero in modo non proprio estemporaneo e tuttavia attingendo solo, per così dire, a pregresse conoscenze generali richiamate alla mente in pochi secondi... una “bozza” definitoria suscettibile di notevoli perfezionamenti, magari da parte di studiosi più esperti e autorevoli e/o fondandosi su una puntuale ricognizione giurisprudenziale e dottrinale, qui nemmeno tentata a livello generale):

a) *precise richieste di interpretazione di ben individuate disposizioni normative* ai fini (della valutazione, riservata alla Corte di giustizia, della validità di atti imputabili all'Unione, o comunque) della *soluzione* di un altrettanto *ben determinato dubbio*, necessaria in vista del (meglio: quale *condizione per*) la corretta (nel senso di conforme ai vincoli discendenti dalle norme eurounitarie, primarie e derivate) *decisione* di una – ancora una volta ben individuata e illustrata nei suoi profili fattuali e giuridici (su questo specifico aspetto si tornerà oltre) – *controversia giuridica* di cui il giudice del rinvio è investito (si vedano al riguardo, in particolare, i punti 23 e ss. dell'ordinanza della Corte di giustizia, sui quali pure si tornerà proprio allo scopo di approfondire maggiormente l'importante tematica qui toccata);

b) *richieste di valutazione della fondatezza di specificamente motivati dubbi di conformità a determinate norme costituzionali (o “interposte”) di determinate norme con forza di legge* – tra le quali, per dedicare un cenno esplicito all'ordinanza del 28 maggio 2020 con la quale il medesimo Giudice di pace si è rivolto alla Corte costituzionale, non sembrerebbe agevole, pur considerando alcune importanti peculiarità della situazione su cui si deve sorvolare, annoverare semplici delibere del Consiglio dei ministri o ordinanze del Capo dipartimento della Protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri, entrambi gli atti dovendosi (in linea di principio e probabilmente anche, come si diceva, nel caso di specie, in virtù, semplificando all'estremo e senza poter sviluppare il discorso, della duplice circostanza, sostanziale e formale, che essi non hanno visto né vedranno alcun coinvolgimento del Parlamento e che non hanno le forme previste dagli art. 76 e 77 della Costituzione) ritenere, al pari di molti altri citati nelle ordinanze del giudice di Lanciano, di diversa natura, *pertanto soggiacendo*, come si tornerà a dire, a *differenti mezzi di impugnazione* e in genere contestazione, a livello interno come pure, potenzialmente, a livello sovranazionale – anche in questo caso *in funzione della corretta soluzione del giudizio principale* (come può notarsi, la bozza di definizione è su questo versante, più distante dall'oggetto primario del presente scritto, ancor più sommaria, trascurandosi del tutto una serie di questioni e precisazioni che potrebbero aprirsi e dovrebbero farsi: per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici sul punto, chiaramente densissimo di implicazioni importanti e relative a pressoché tutti gli aspetti della giustizia costituzionale, v. anzitutto – in aggiunta ai principali Commenti della Costituzione e alle importanti precisazioni ad opera della stessa Corte, moltissime delle quali riportate in P. COSTANZO, *Codice di Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, negli *Aggiornamenti in tema di processo*

informazioni, osservazioni, riflessioni e domande *non configurate come* (e tendenzialmente nemmeno, sembra di doversi aggiungere, suscettibili di essere “tradotte”³ in) *quesiti risolvibili, nell’esercizio delle proprie competenze, attraverso i propri poteri d’intervento e nell’ambito del proprio ruolo istituzionale*, dal giudice europeo (né, si ritiene, dal giudice delle leggi: e nel giro di poco tempo se ne avrà conferma o smentita), risultandone di conseguenza preclusa la possibilità di sviscerare ed affrontare organicamente e compiutamente, in sede scientifica, i vari profili⁴.

2.1. La “questione” posta alla Corte di giustizia dal Giudice di pace di Lanciano...

A questo proposito, e addentrandoci con ciò maggiormente nella questione (...in senso molto lato, come si diceva) occorre subito precisare che, seppure sul sito della Corte di giustizia il [documento elettronico](#) contenente la questione pregiudiziale si limiti significativamente a riportare il quesito richiamato nelle prime righe di questo lavoro, la “questione” posta dal giudice del rinvio includeva anche una “seconda parte”, ricavabile dall’ampia [ordinanza del 18 maggio 2020](#) (di ben

costituzionale a cura di R. ROMBOLI e/o, quanto alle decisioni più risalenti, in V. ONIDA, M. D’AMICO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale. I. Il giudizio in via incidentale*, Torino, Giappichelli, 1998 – A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, spec. 101 ss., 227 ss. e 273 ss., E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, spec. 86 ss., 103 ss. e 143 ss., G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, il Mulino, 2018, spec. 47 ss., 55 ss., 96 ss., 111 ss., 128 ss. e 202 ss., A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, spec. 82 ss., 114 ss. e 150 ss., ma anche le relazioni e gli interventi raccolti in AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990 e diverse monografie, tra cui A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, E. CATELANI, *La determinazione della “questione di legittimità costituzionale” nel giudizio incidentale*, Milano, Giuffrè, 1993 e, di recente, S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

³ Il punto sembra di un certo interesse, dovendosi al riguardo distinguere l’ipotesi di un’eventuale “traduzione”, almeno in piccola parte, delle variegate doglianze del giudice del rinvio in vere e proprie “questioni” *ad opera della stessa Corte interpellata*, nell’esercizio dei propri fisiologici e più o meno ampi poteri, per l’appunto, di riconfigurazione della questione, dall’ipotesi di riformulazione di tali doglianze in termini diversi e più congrui *ad opera di altro giudice* ai fini di un nuovo rinvio pregiudiziale – o, un po’ più verosimilmente, di un nuovo incidente di legittimità costituzionale – o, ancora, *ad opera della dottrina* a fini di speculazione teorica sui profili di merito giuridico ed eventualmente politico delle “questioni di fondo” comunque emergenti dalle pur per molti versi infelici ordinanze di rimessione/rinvio.

Quest’ultimo esperimento è quello che in piccolissima parte si effettuerà o, più che altro, si solleciterà, nella seconda parte di questo scritto, volta a “recuperare” e sottoporre all’attenzione (anzitutto) di studiosi, giudici e avvocati almeno qualcosa di ciò che di interessante e talora importante, dal punto di vista costituzionale in senso lato (e anche “europeo”), vi era nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale dichiarata manifestamente irricevibile (così come, a maggior ragione, in quella di rimessione alla Corte costituzionale, pur probabilmente destinata alla medesima sorte della prima).

⁴ Ci si potrebbe poi arrivare a chiedere, nella logica di cui alla nota precedente (e avendo riguardo a determinati contenuti e caratteristiche dei provvedimenti con cui le “questioni” sono state sollevate, su cui ci si soffermerà subito oltre nel testo), se qualcuno tra i molti profili sostanziali toccati (o almeno sfiorati) nelle ordinanze del Giudice di pace di Lanciano sia suscettibile di essere concettualmente e “processualmente” riconfigurato in modo da poter essere fatto giuridicamente valere, da parte dei diretti interessati, attraverso un ricorso innanzi alla Corte di Strasburgo, qualora si rinvenissero elementi tali da far emergere una compressione non giustificata (e, in linea di principio, determinante un pregiudizio importante ex art. 35, par. 3, lett. b della Convenzione) di uno dei diritti tutelati dalla CEDU e dai suoi protocolli.

Vale peraltro la pena segnalare, avendo la cosa una certa attinenza con una simile prospettiva, che con [decisione del 5 novembre 2020](#) pubblicata il 3 dicembre 2020 la Corte EDU ha dichiarato irricevibile un ricorso (n. 18108/20, *Renaud Le Mailloux contre la France*), presentato il 16 aprile 2020 da un cittadino francese, in cui si poneva sotto accusa uno Stato per l’inadeguatezza delle misure di contenimento e di soccorso clinico adottate (o non adottate) per combattere la pandemia, configurando la condotta di tale Stato come inosservanza degli obblighi positivi derivanti dagli articoli 2, 3, 8 e 10 della Convenzione; la Corte, come si diceva, ha dichiarato il ricorso irricevibile e ha colto l’occasione per rimarcare, in particolare, l’inammissibilità dell’“actio popularis” nel sistema della CEDU e la necessità, affinché un ricorso possa essere esaminato nel merito, di lamentare e dimostrare un pregiudizio concreto e individualizzato tale da poter determinare l’assunzione della qualità di “vittima” in capo al ricorrente, in conseguenza di una diretta e specifica violazione di diritti garantiti dalla Convenzione e non di generici pregiudizi di interessi diffusi; da notare che la Corte, nella stessa occasione, ha ribadito anche la necessità di rivolgersi anzitutto alle autorità giurisdizionali interne, conformemente al principio di sussidiarietà che impronta il “sistema CEDU” (per la segnalazione del caso, con efficace sintesi alla quale ci si è qui ampiamente appoggiati, si ringrazia l’Avv. Federico Di Salvo).

34 pagine) – ove essa risulta evidenziata in grassetto al pari del quesito racchiuso nella prima parte – e citata pressoché integralmente al punto 19 dell'[ordinanza della Corte di Lussemburgo](#) (da cui è estrapolata la citazione che segue, con l'aggiunta dei corsivi nei passaggi iniziali).

In questa “seconda parte”, piuttosto singolare sotto diversi profili, si chiedeva «[i]n particolare [...] alla Corte di giustizia se *l'indipendenza del giudice del rinvio e il diritto al giusto processo delle parti della presente controversia e di tutte le cause pendenti davanti a [detto] giudice siano stati violati dal Governo italiano nel momento in cui si sono verificate le seguenti condizioni giuridiche e situazioni di fatto:*

– in data 31 gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri con una delibera adottata senza l'intesa obbligatoria con le Regioni e utilizzando una procedura non prevista dalla normativa interna per l'emergenza sanitaria, ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale per COVID-19 per la durata di sei mesi fino al 31 luglio 2020, avocando alla Presidenza del Consiglio [...] la competenza di tutte le disposizioni per fronteggiare una situazione epidemiologica in quel momento inesistente sul territorio nazionale, senza stanziare risorse economiche adeguate per la dichiarata emergenza;

– il Governo italiano con decretazione d'urgenza ha sospeso per il periodo dal 9 marzo all'11 maggio 2020 l'attività giudiziaria nel settore civile e nel settore penale, ad eccezione di pochissime cause ritenute urgenti sul piano legislativo e non nella valutazione del giudice, che sono state trattate in udienza pubblica senza prevedere specifiche misure di contenimento per l'emergenza COVID-19, mentre l'attività [del giudice del rinvio] è stata sospesa integralmente, in mancanza della possibilità di effettuare cause urgenti della tipologia pretesa dal legislatore;

– il Governo italiano dal 9 marzo all'11 maggio 2020 non ha provveduto alla sanificazione e disinfestazione straordinaria degli uffici, degli ambienti e dei mezzi in uso alla amministrazione giudiziaria, all'acquisto di materiale igienico sanitario e di dispositivi di protezione individuale, nonché all'acquisto di apparecchiature informatiche e delle relative licenze di uso per informatizzare i settori giudiziari civili e penali anche degli Uffici del Giudice di pace, pur avendo a disposizione il Ministero della giustizia per le misure di contenimento del virus e la ripresa dell'ordinaria attività giudiziaria disponibilità finanziarie di importo molto elevato e da utilizzare immediatamente in deroga alle norme UE nazionali in materia di appalti pubblici, senza l'obbligo di rendicontazione contabile ed amministrativa e senza il controllo della Corte dei conti;

– per il periodo dal 12 maggio al 31 luglio 2020, il Governo italiano ha imposto con decretazione d'urgenza per il settore civile e per il settore penale, cioè per i settori di competenza del giudice [del rinvio], ad eccezione delle limitate tipologie di cause urgenti come quelle già trattate in udienza pubblica per il periodo dal 9 marzo all'11 maggio 2020, modalità organizzative delle pochissime udienze che avrebbero dovuto essere effettuate o di impossibile attuazione come il processo da remoto per carenza strutturale del sistema informatico e organizzativo di lavoro del Ministero della giustizia, o gravemente lesive dei diritti di difesa e del contraddittorio delle parti, come le udienze a sola trattazione scritta senza la presenza dei difensori e delle parti;

– per il periodo dal 12 maggio al 31 gennaio 2021, il Ministero della giustizia non ha consentito né consentirà per il settore civile e per il settore penale di poter effettuare udienze pubbliche anche a porte chiuse a causa della inutilizzabilità del personale amministrativo di cancelleria in lavoro agile senza collegamenti da remoto con gli Uffici giudiziari, della mancata sanificazione e disinfestazione straordinaria degli uffici, degli ambienti e dei mezzi in uso alla amministrazione giudiziaria, del mancato acquisto di materiale igienico sanitario e dispositivi di protezione individuale, della mancata individuazione di protocolli di misure di contenimento per lo svolgimento dell'attività giudiziaria, scaricando la responsabilità di effettuare (in rarissime occasioni) o non effettuare (nella generalità dei casi) le udienze pubbliche, in carenza delle condizioni di sicurezza sanitaria e senza tutele contro l'emergenza COVID-19, ai Capi degli Uffici giudiziari (Presidenti di Tribunale per i giudizi in 1° grado) o ai singoli Giudici;

– per il periodo dal 9 marzo 2020 al 31 gennaio 2021 il giudice [del rinvio] è stato messo nelle condizioni di non poter effettuare udienza con nessuna delle modalità organizzative previste dalla decretazione d'urgenza né con udienza pubblica né con il processo da remoto e l'aula virtuale né

con trattazione scritta senza la presenza dei difensori e delle parti, e sarà costretto a rinviare tutte le cause rivenienti sui suoi ruoli del settore civile e del settore penale a data successiva al 31 agosto 2020 e, con la pubblicazione del decreto legge [n. 34/2020], al 31 gennaio 2021;

– a causa della totale inattività giurisdizionale come udienze svolte e provvedimenti giudiziari prodotti nel periodo dal 9 marzo 2020 al 31 gennaio 2021 il giudice [del rinvio] non ha percepito e non percepirà alcuna indennità dal Ministero della giustizia, neanche a titolo di contributo economico per l'emergenza sanitaria;

– infine, il Governo italiano con decretazione d'urgenza ha prorogato per altri sei mesi fino al 31 gennaio 2021 lo stato di emergenza nazionale e l'attuale paralisi della giustizia civile e penale, mentre dal 18 maggio 2020 sono state riaperte tutte le attività produttive ed economiche che si svolgono nell'ambito della competenza territoriale regionale, con ripresa della libera circolazione tra le Regioni e nei confronti degli Stati [membri] dell'Unione, senza obbligo di quarantena, dal 3 giugno 2020, con l'adozione di modeste misure igienico-sanitarie e di contenimento sociale».

A fronte di una prospettazione siffatta, non stupisce, per un verso, che nel pubblicare sul sito della Corte il quesito ad essa sottoposto dal giudice del rinvio ci si sia limitati, come si diceva, a riportarne la prima parte (quella qui richiamata inizialmente), omettendo la seconda, con ciò in sostanza escludendosi implicitamente, e “a monte” (pur sotto questo profilo se si vuole marginale, non decisivo, non ufficialmente riconducibile a una presa di posizione del collegio decidente, e tuttavia assai indicativo), che questo secondo “blocco testuale” (non si sa come meglio definirlo in breve)⁵ potesse essere considerato tecnicamente parte della “domanda”; e, per l'altro verso, che la

⁵ In effetti, si tratta (come lo stesso giudice del rinvio dichiara, in modo forse non ineccepibile sul piano teorico ma tutto sommato ben comprensibile e veritiero) di un insieme di «condizioni giuridiche e situazioni di fatto» riportate allo scopo, se non proprio di rappresentare l'*oggetto indiretto del giudizio richiesto* (come a tratti e per più versi parrebbe), almeno di argomentare – o meglio “supportare”, in forme e modi alquanto variegati e verosimilmente affidandosi, nelle intenzioni, a un'autonoma opera di estrapolazione degli elementi di eventuale rilievo effettivo da parte del giudice europeo – la (invero piuttosto apoditticamente) lamentata *violazione* da parte del *Governo italiano* (così si legge testualmente nella questione: v. sopra) del principio di indipendenza del giudice e del diritto al giusto processo delle parti, nonché (per ricollegarsi anche a quanto più diffusamente, ma altrettanto apoditticamente e in fondo confusamente, scritto nella prima parte della questione) dei «diritti ad essi connessi della dignità delle persone, della libertà e della sicurezza, dell'uguaglianza davanti alla legge, della non discriminazione, di condizioni di lavoro eque e giuste, dell'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, della libertà di circolazione e di soggiorno».

Può essere utile osservare come a questa stessa finalità censoria di natura molto generale (e, come si è visto, non utilmente perseguibile per la via del rinvio pregiudiziale; né, si ritiene, attraverso quella dell'incidente di costituzionalità) sembrassero a loro modo indirizzati anche quei moltissimi altri elementi giuridici e fattuali raccolti e illustrati con scrupolosa cura nell'ampia motivazione dell'ordinanza di rinvio, accostabile nel complesso forse più alla ricostruzione di uno storico nemmeno tanto improvvisato (e anzi non poco smalzato, come parrebbe emergere dal modo in cui sono stati selezionati e illustrati i “dati”) che all'usuale (e più “neutrale” e scarno) percorso logico-giuridico di un magistrato (e in genere di un giurista).

È anche alla luce di tutto ciò – e in particolare alla luce di questo tentativo, che sembra potersi intravedere, di abbozzare una sorta di “processo storico” contro il Governo italiano per il modo in cui sono state gestite l'organizzazione e il funzionamento della giustizia (già prima, per qualche aspetto; ma soprattutto) durante il periodo, non ancora concluso, dell'emergenza sanitaria, se non anche per il modo in cui più in generale è stata gestita l'emergenza sanitaria *tout court* (in questa prospettiva sembrano doversi leggere molti passaggi della lunga ordinanza del 18 maggio, come pure di quella appena successiva con cui lo stesso Giudice di pace si è rivolto alla Corte costituzionale) – che è sembrato di poter scorgere nell'impianto complessivo dei provvedimenti in discussione un approccio più in linea, semmai (con gli innumerevoli aggiustamenti e “scremature” del caso), con la logica tipica di un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ipoteticamente presentabile dalle parti private se non addirittura, sotto certi profili che più direttamente lo riguarderebbero, da parte del giudice. Il tutto naturalmente previo esaurimento di ogni possibile rimedio interno, essendo in ultima analisi a questi ordinari rimedi domestici che probabilmente, come si tornerà a dire, sarebbe stato e sarebbe più opportuno rivolgere anzitutto e soprattutto l'attenzione, specie in riferimento a quei molti atti amministrativi o normativi (almeno formalmente) secondari richiamati nelle ordinanze del giudice di Lanciano che sarebbero stati e sarebbero più correttamente e utilmente “aggredibili”, *sempre che ve ne fossero o ve ne siano davvero necessità, presupposti e ragioni*, innanzi al TAR Lazio o ad altro giudice comune, amministrativo e non... con tale ultima precisazione volendosi alludere soprattutto all'eventualità di un coinvolgimento, in casi estremi, del giudice *penale*, secondo quanto le cronache di questi mesi, del resto, già purtroppo mostrano ampiamente.

complessiva questione – presa invece in considerazione nella sua interezza nella motivazione dell’ordinanza del giudice dell’Unione – sia stata da questi dichiarata manifestamente irricevibile.

2.2. ...e le ragioni della sua irricevibilità.

È precisamente nei passaggi in cui la Corte europea motiva la decisione di manifesta irricevibilità che si rinvengono, come anticipato, alcune indicazioni (che spesso rappresentano il “precipitato” di precedenti chiarimenti giurisprudenziali) di un certo interesse in vista della corretta e più precisa *ricostruzione della natura e delle finalità del procedimento di cui all’art. 267 TFUE*, e, da un’altra prospettiva, del *rapporto* che deve sussistere *tra il giudizio della Corte dell’Unione e il giudizio a partire dal quale la questione è sollevata*; e ancora, conseguentemente, delle *caratteristiche che dovrà avere l’ordinanza di rinvio pregiudiziale* quale atto che, se ben formulato, potrà consentire l’instaurazione del giudizio innanzi al collegio europeo *esprimendo e definendo* appunto il legame tra tale giudizio e il giudizio “principale” (usandosi non a caso, anche nella dottrina e nella giurisprudenza eurounitaria, la medesima formula utilizzata – nell’ambito della giustizia costituzionale italiana – per definire il giudizio da cui prende le mosse, e su cui dovrà avere ricadute, il “giudizio incidentale” innanzi alla Consulta).

Sembra dunque utile richiamare, pur con inevitabili tagli, e con l’aggiunta di alcuni corsivi, almeno alcune delle affermazioni contenute nei punti 23 e seguenti della [decisione del 10 dicembre](#).

Anzitutto, dopo essersi ricordato che, «secondo una giurisprudenza costante della Corte, il procedimento istituito dall’articolo 267 TFUE costituisce uno strumento di cooperazione fra la Corte ed i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi di *interpretazione del diritto dell’Unione* che sono loro *necessari* per la *soluzione della controversia che sono chiamati a dirimere*», si precisa, con dovizia di riferimenti a precedenti decisioni che qui si omettono per brevità, che «[l]a ratio del rinvio pregiudiziale non risiede tuttavia nell’*esprimere pareri consultivi su questioni generiche o ipotetiche*, bensì nella *necessità di dirimere concretamente una controversia*», dal momento che, come risulta «dalla formulazione stessa dell’articolo 267 TFUE, la decisione pregiudiziale richiesta deve essere “necessaria” al fine di consentire al giudice del rinvio di “emanare la sua sentenza” nella causa della quale è investito»; e «dal dettato e dall’impianto sistematico dell’articolo 267 TFUE emerge che il procedimento pregiudiziale presuppone, in particolare, che dinanzi ai giudici nazionali sia effettivamente pendente una controversia, nell’ambito della quale *ad essi è richiesta una pronuncia che possa tener conto della sentenza pregiudiziale*».

Ciò ribadito, la Corte aggiunge, rifacendosi ad altre proprie decisioni, che «[n]ell’ambito di siffatto procedimento, deve quindi esistere, tra la suddetta controversia [quella pendente dinanzi al giudice nazionale] e le disposizioni del diritto dell’Unione di cui è chiesta l’interpretazione, un collegamento tale per cui *detta interpretazione risponde ad una necessità oggettiva ai fini della decisione che dev’essere adottata dal giudice del rinvio*».

Quanto infine al possibile ruolo della Corte costituzionale a fronte di eventuali violazioni di norme della Costituzione (e/o di altri parametri interposti invocabili, tra cui la stessa CEDU e, secondo la giurisprudenza più recente, pure la Carta dei diritti fondamentali: sul punto cfr. volendo, anche per ulteriori riferimenti, V. SCARABBA, [La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la Corte costituzionale](#), in questa [Rivista](#), 2019, 780 ss., e destinato agli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*), basti qui ricordare la basilare e notissima circostanza che un intervento del giudice costituzionale potrà essere richiesto – da parte dei soggetti legittimati, alle condizioni e nei modi previsti – *soltanto* nel caso di abusi compiuti *dal legislatore* (statale o regionale) o dal Governo *mediante atti con forza di legge*; oppure (e qui le occasioni di intervento potrebbero probabilmente essere un po’ maggiori) anche avverso *atti non legislativi* – e, ancora, avverso *comportamenti* di varia natura, al limite anche *omissiva* – nel (solo) caso di *usurpazione o lesione di attribuzioni costituzionali*, tanto nell’ipotesi di *conflitto tra organi dello Stato* (ma si ricordi nuovamente, a questo riguardo, che contro gli atti dell’esecutivo il rimedio principe resta il ricorso innanzi al giudice amministrativo; salva poi l’intricata questione, nella quale non ci si può qui addentrare, delle possibili sovrapposizioni tra i due rimedi), quanto – con differenze sulle quali pure si deve sorvolare – nell’ipotesi di *conflitto tra Stato e Regioni* (anche in questo caso non senza possibili interferenze tra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa).

A questo punto, spingendosi oltre (e sempre ricollegandosi alla propria giurisprudenza pregressa), il giudice dell'Unione afferma che «l'esigenza di giungere ad un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale *impone che quest'ultimo definisca il contesto di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate*, o almeno che esso spieghi le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate», dal momento che la Corte «può pronunciarsi unicamente sull'*interpretazione di un testo dell'Unione a partire dai fatti che le sono presentati dal giudice nazionale*».

E ancora, andando a toccare forse uno dei punti in riferimento ai quali l'ordinanza del Giudice di pace italiano risultava più vistosamente carente (nonostante la sua ampiezza, e forse per certi versi anche in ragione di una certa sua “dispersività” in qualche modo accentuata proprio dalla stessa ricchezza e varietà di riferimenti e doglianze, non sempre accompagnata da un analogo livello di chiarimento, approfondimento e, per così dire, pertinenza argomentativa sul piano logico-giuridico), la Corte si sofferma specificamente sulla «importanza dell'indicazione, *ad opera del giudice nazionale, dei motivi precisi che l'hanno indotto ad interrogarsi sull'interpretazione del diritto dell'Unione e a ritenere necessario proporre questioni pregiudiziali*»: e ciò in quanto, fungendo la decisione di rinvio «da fondamento del procedimento dinanzi alla Corte, è indispensabile che il giudice nazionale» non solo «chiarisca, nella [stessa], il contesto di fatto e di diritto della controversia principale», ma fornisca anche «un minimo di *spiegazioni sulle ragioni della scelta delle disposizioni del diritto dell'Unione di cui chiede l'interpretazione*, nonché [e qui le carenze sembrano massime] sul *nesso a suo avviso intercorrente tra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia di cui è investito*».

Si tratta, come la Corte non manca di sottolineare, di «requisiti concernenti il contenuto di una domanda di pronuncia pregiudiziale» che «figurano in modo *esplicito all'articolo 94 del regolamento di procedura della Corte, che il giudice del rinvio, nell'ambito della cooperazione prevista all'articolo 267 TFUE, deve conoscere e osservare scrupolosamente*»⁶.

⁶ Oltre all'art. 94 del regolamento di procedura – ai sensi del quale ogni domanda di pronuncia pregiudiziale deve contenere «un'illustrazione sommaria dell'oggetto della controversia nonché dei fatti rilevanti, quali accertati dal giudice del rinvio o, quanto meno, un'illustrazione delle circostanze di fatto sulle quali si basano le questioni», «il contenuto delle norme nazionali applicabili alla fattispecie e, se del caso, la giurisprudenza nazionale in materia», nonché «l'illustrazione dei motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla causa principale» – la Corte menziona le “Raccomandazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” (GU 2019, C 380, pag. 1), riferendosi in particolare al punto 15.

La Corte non richiama invece, seppure le circostanze della vicenda (e in specie il parallelo e pressoché contestuale rinvio alla Corte costituzionale, di cui tuttavia la Corte di giustizia potrebbe anche, almeno in teoria, non aver avuto notizia) avrebbero potuto offrire ragioni per farlo, i punti 12 e 13 di tali Raccomandazioni, relativi a un aspetto specifico di notevole importanza, e cioè quello del «*momento opportuno per effettuare un rinvio pregiudiziale*».

In effetti, come si è avuto occasione di evidenziare in [La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale](#), cit. (e, più ampiamente, in *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, Key Editore, 2019), le indicazioni contenute nei punti 12 e 13 delle Raccomandazioni sembrano offrire interessanti elementi a sostegno non solo della *possibilità* ma anche dell'*opportunità*, almeno in determinate circostanze, di assegnare la priorità sul piano temporale all'incidente di costituzionalità innanzi al giudice delle leggi (anziché al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia), e, per motivi analoghi, parrebbero suscettibili di essere presi in considerazione, almeno in casi come quello alla base del presente scritto, per riflettere criticamente – senza pregiudizi, ma, appunto, con molta attenzione e spirito critico – sulla stessa possibilità e opportunità di un doppio rinvio in parallelo.

In tali previsioni infatti, dopo essersi affermato, in linea generale, che il giudice nazionale è «nella posizione migliore per valutare in quale fase del procedimento occorra formulare tale domanda», si precisa che siccome, «tuttavia, tale domanda servirà da base per il procedimento che si svolgerà dinanzi alla Corte e che quest'ultima deve poter disporre di tutti gli elementi che le consentano sia di verificare la propria competenza a rispondere alle questioni poste, sia di fornire, in caso affermativo, una risposta utile a tali questioni, è necessario che la decisione di effettuare un rinvio pregiudiziale venga presa in una fase del procedimento nella quale il giudice del rinvio sia in grado di *definire con sufficiente precisione il contesto di fatto e di diritto del procedimento principale, nonché le questioni giuridiche che esso solleva*. Nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia può anche risultare auspicabile che il rinvio venga effettuato in esito a un

Su tali basi, non sorprende la valutazione della Corte secondo cui la domanda di pronuncia pregiudiziale sottopostale non soddisfa i necessari requisiti di ammissibilità.

Tra le molte ragioni richiamabili a sostegno di tale conclusione, la Corte si concentra su alcune, verosimilmente perché più immediate e/o perché, per così dire, meno impegnative sotto il profilo motivazionale, forse anche allo scopo di non sbilanciarsi su aspetti più complessi e delicati, magari creando dei “precedenti” suscettibili di risultare in un futuro eccessivamente limitanti, o comunque “scomodi”.

Nondimeno, molti sono gli insegnamenti che – soprattutto da parte dei giudici (in particolare, ma non solo, coloro che siano meno avvezzi ad addentrarsi in “questioni eurounitarie” e, soprattutto, a “dialogare” col giudice di Lussemburgo); nonché, per così dire “a cascata”, da parte degli avvocati – possono trarsi dall’ordinanza in esame.

Ivi si osserva anzitutto che la questione sottopostale, pur consentendo di stabilire a grandi linee l’oggetto del procedimento principale – ossia una «domanda di risarcimento dei danni che sarebbero stati provocati in un incidente stradale che ha coinvolto un autoveicolo» (...incidente asseritamente causato, può aggiungersi, da una buca presente in loco) –, «non contiene alcuna indicazione riguardo alle *circostanze* di tale incidente o all’eventuale *ruolo che avrebbero avuto in esso le parti* del procedimento pendente dinanzi al giudice del rinvio», e (circostanza forse ancor più problematica) «non precisa il *fondamento giuridico* di tale domanda né le *disposizioni nazionali applicabili* al fine di risolvere tale controversia, dato che il giudice del rinvio si limita a menzionare

contraddittorio tra le parti» (corsivi significativamente originali, nell’ultima versione pubblicata e a differenza che nelle precedenti).

Le indicazioni, e in specie il riferimento addirittura alla *necessità* che la decisione di effettuare un rinvio pregiudiziale venga presa in una fase del procedimento nella quale sia *definito* con sufficiente precisione il contesto di fatto e *di diritto* del procedimento principale, *nonché le questioni giuridiche che esso solleva*, risultano di ancor maggiore interesse alla luce della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, nella quale si rinvencono prese di posizione nel senso che, ferma restando la circostanza che «gli organi giurisdizionali nazionali godono della più ampia facoltà di adire la Corte», nondimeno «potrebbe essere vantaggioso, secondo le circostanze, che i fatti di causa siano acclarati e che i problemi di puro diritto nazionale siano risolti al momento del rinvio» (punto 35 della [sentenza 11 settembre 2014](#), causa C-112/13, *A contro B e altri*).

Tali affermazioni paiono assai indicative non solo perché, come si anticipava, esse confermano (insieme ad altre più esplicite statuizioni contenute in altri punti della motivazione e nello stesso dispositivo della sentenza da ultimo citata, e di altre) il riconoscimento della possibilità di considerare prioritaria la questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale, ma anche perché, come pure si è anticipato, forniscono importanti elementi per ragionare sul momento in cui la Corte di giustizia, in linea di massima, *preferirebbe* essere interpellata: laddove il riferimento, da una parte, alla “necessità” che sia già adeguatamente “definito” il contesto anche “di diritto” del procedimento principale, “nonché le questioni giuridiche che esso solleva”, e, dall’altra, all’opportunità (“vantaggiosità”) che “i problemi di puro diritto nazionale” – tra cui chiaramente *non possono non inserirsi in primis quelli relativi alla legittimità “interna” delle norme che dovrebbero applicarsi* – siano già “risolti” al momento del rinvio a Lussemburgo sembrerebbe proprio deporre (contrariamente a quello che ci si potrebbe aspettare, e limitatamente almeno a determinati tipi di questioni) nel senso *della preferenza (dal punto di vista europeo) per la priorità... della questione di costituzionalità!*

E ciò allo scopo, parrebbe, di riservarsi (da parte del giudice eurounitario, e almeno, come si diceva, secondo il proprio “punto di vista”) “l’ultima parola” sulla questione; e, al contempo, di economizzare le proprie risorse di tempo nonché, per così dire, il proprio “impegno” (in più sensi, includenti il rischio di esporsi oltremodo sul piano latamente politico in conseguenza delle questioni poste), astenendosi in ipotesi dall’intervenire in tutti quei casi in cui l’applicabilità di un atto legislativo nazionale in potenziale contrasto con il diritto dell’Unione (e il discorso vale in modo particolare per la Carta dei diritti fondamentali) possa già essere esclusa per altra via, in specie attraverso il riconoscimento della sua illegittimità *ad opera del giudice costituzionale*, vuoi per accertata *violazione di parametri costituzionali schiettamente interni*, vuoi (e ancor meglio, almeno sotto certi profili) per *autonomamente accertata violazione di norme eurounitarie* (magari, appunto, della Carta) assunte quale *parametro di costituzionalità interposto*, vuoi ancora (situazione forse ideale, nel senso di migliore) per entrambi i motivi (...il tutto, naturalmente, a condizione che gli eventuali “ritardi” derivanti da questo approccio operativo siano “compensati”, come la Corte di giustizia ha più volte precisato, dall’adozione di «qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione»; e, d’altra parte, non è affatto detto che un simile modo di procedere risulti dal punto di vista dei complessivi tempi processuali più oneroso rispetto all’ipotesi di rinvio prioritario alla Corte di giustizia!).

la natura civile del procedimento principale e a rilevare che la legislazione interna che esso dovrà applicare a detta controversia “deriva dal processo legislativo di recepimento del diritto dell’Unione”», senza che tale quanto mai generica affermazione sia in alcun modo corroborata da elementi concreti in grado di illuminare il nesso tra la vicenda, ed il suo contesto giuridico, e il diritto dell’Unione.

Sotto altro profilo, poi, «nei limiti in cui dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che il giudice del rinvio ha ritenuto necessario sottoporre alla Corte tale domanda a causa delle *modalità organizzative* in cui sostiene di essere tenuto ad esaminare il procedimento principale» (è su tali aspetti, di natura molto generale, che verte infatti, come vedremo, un’ampia e variegata parte della “questione”), la Corte, dopo aver ricordato che la domanda «verte sull’interpretazione dell’articolo 2, dell’articolo 4, paragrafo 3, dell’articolo 6, paragrafo 1, e dell’articolo 9 TUE nonché dell’articolo 67, paragrafi 1 e 4, e degli articoli 81 e 82 TFUE, in combinato disposto con gli articoli 1, 6, 20, 21, 31, 34, 45 e 47 della Carta», rileva come dall’ordinanza di rinvio «non risult[i] che la controversia principale presenti, quanto al merito o al regime processuale applicabile al suo esame, un collegamento con tali disposizioni del Trattato UE o del Trattato FUE o che il giudice del rinvio sia chiamato ad applicare una qualsiasi di tali disposizioni al fine di ricavarne la soluzione di merito da riservare a tale controversia», da tale ordinanza «non risulta[ndo] neppure che una risposta della Corte a tali questioni sia atta a fornire al giudice del rinvio un’interpretazione del diritto dell’Unione *che gli consenta di dirimere questioni procedurali* di diritto nazionale di cui sarebbe *investito prima di poter statuire nel merito* della controversia, non contenendo l’ordinanza di rinvio alcuna indicazione in tal senso».

In tali circostanze – conclude (sul punto) il giudice eurounitario – «si deve constatare che dall’ordinanza di rinvio non risulta che *tra le disposizioni del Trattato UE o del Trattato FUE* su cui verte tale questione e la *controversia* di cui al procedimento principale esista un *collegamento* che sia idoneo a rendere *necessaria* l’interpretazione richiesta affinché il giudice del rinvio possa, *in applicazione dei precetti derivanti da tale interpretazione*, adottare una *decisione che sia necessaria al fine di statuire su tale controversia*» (corsivi aggiunti, qui come sempre ove non diversamente indicato).

«Appare invece manifestamente», chiosa la Corte, «che tale domanda non verta su un’interpretazione del diritto dell’Unione che risponde ad una necessità oggettiva per la soluzione di detta controversia, ma che essa abbia carattere generale».

Tanto basterebbe, probabilmente.

Ma la Corte si spinge oltre, mettendo per così dire il dito nella piaga (o in alcune delle piaghe), con ciò fornendo ulteriori indicazioni preziose in vista di una miglior comprensione, e quindi di un miglior utilizzo, del meccanismo del rinvio pregiudiziale.

Si censura, in particolare, il fatto che l’ordinanza di rinvio non contenga «nessuna spiegazione quanto alla scelta delle disposizioni del diritto dell’Unione delle quali è richiesta l’interpretazione o quanto ai dubbi nutriti dal giudice del rinvio in proposito, limitandosi quest’ultimo a esporre considerazioni d’ordine generale».

Più precisamente, si rileva, in prima battuta, che «[d]al testo della questione pregiudiziale risulta [...] che l’interpretazione richiesta del diritto dell’Unione dovrebbe consentir[e al giudice del rinvio], in sostanza, di valutare la validità delle modalità organizzative che regolano la tenuta delle udienze nelle cause dinanzi ad esso pendenti, in particolare nella controversia di cui al procedimento principale, riguardo alla quale esso nutre dubbi in quanto tali modalità, congiuntamente considerate, violerebbero “[la sua] indipendenza (...) e il principio del giusto processo, nonché i diritti ad essi connessi della dignità delle persone, della libertà e della sicurezza, dell’uguaglianza davanti alla legge, della non discriminazione, di condizioni di lavoro eque e giuste, dell’accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, della libertà di circolazione e di soggiorno”». E, in seconda battuta, si osserva che, «nei limiti in cui il giudice del rinvio, con tale affermazione, o anche con la sua esposizione degli effetti concreti che deriverebbero dai provvedimenti urgenti relativi al funzionamento degli organi giurisdizionali adottati dal legislatore italiano per lo stato di

emergenza sanitaria [...] o con le considerazioni relative alla sua indipendenza e al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva [...] intenda giustificare la scelta delle disposizioni del Trattato UE e del Trattato FUE che menziona nella questione e la pertinenza di tale scelta, è sufficiente constatare che tali considerazioni d'ordine generale *non contengono alcun riferimento preciso a dette disposizioni né alcuna chiara spiegazione quanto ai motivi per i quali nutre dubbi circa la loro interpretazione nel contesto dell'applicazione di tali provvedimenti di emergenza alla controversia di cui al procedimento principale*», dovendosi altresì e conseguentemente «constatare che l'ordinanza di rinvio non contiene neppure la richiesta illustrazione dei motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi sull'interpretazione di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, e del collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia nel procedimento principale».

2.3. (segue) *Sull'applicabilità della Carta e sul nesso tra essa, il procedimento principale e "altre disposizioni del diritto dell'Unione"*.

Concentrandosi poi su un profilo più specifico e di assoluta importanza, la Corte rileva che, «nei limiti in cui si possa ritenere che la questione pregiudiziale verta anche sull'interpretazione degli articoli 1, 6, 20, 21, 31, 34, 45 e 47 della Carta relativi, rispettivamente, alla dignità umana, al diritto alla libertà e alla sicurezza, all'uguaglianza davanti alla legge, alla non discriminazione, alle condizioni di lavoro giuste ed eque, alla sicurezza sociale e all'assistenza sociale, alla libertà di circolazione e di soggiorno, nonché al diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, occorre constatare che detta mancanza di informazioni non consente del pari alla Corte di pronunciarsi sull'*applicabilità* di detti articoli». E a tal proposito, dopo aver ricordato la circostanza ben nota (ma che non di rado si tende a dimenticare) che «[l]’articolo 51, paragrafo 1, della Carta prevede [...] che le disposizioni di quest’ultima si applichino agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione», sicché «ove una situazione giuridica non rientri nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza», il giudice europeo evidenzia che «la *mera affermazione* del giudice del rinvio, secondo cui la *maggior parte* delle disposizioni di diritto interno applicabili alle cause sottoposte al suo esame, compresa la controversia nell’ambito della quale egli adisce la Corte, *risulta dalla trasposizione del diritto dell’Unione* ad opera del legislatore italiano, è *manifestamente insufficiente a consentire alla Corte di constatare una siffatta attuazione*». Sul punto la Corte si spinge ancora più avanti (forse perfino troppo?) nei chiarimenti, andando conclusivamente a precisare (con evidente apertura a delicate ricostruzioni più generali sul modo di far valere le varie fonti attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale) che «[l]’eventuale applicabilità degli articoli della Carta citati dal giudice del rinvio avrebbe potuto, se del caso, essere constatata *solo laddove le altre disposizioni del diritto dell’Unione menzionate nella questione pregiudiziale fossero applicabili nel procedimento principale*». Ma poiché, per le ragioni precedentemente indicate, la «questione è manifestamente irricevibile *nella parte in cui riguarda tali altre disposizioni*», «[l]a domanda di pronuncia pregiudiziale è, di conseguenza, *del pari manifestamente irricevibile* nei limiti in cui deve essere intesa come vertente su dette *disposizioni della Carta*».

3. *Profili di merito: osservazioni generali.*

Resta a questo punto da esaminare, o almeno da chiedersi, se *nel merito*, prescindendo dalle carenze dell'ordinanza di rinvio al giudice europeo⁷, e prescindendo altresì da quella serie di illazioni, commenti, forzature, giudizi *tranchant* o valutazioni affrettate che, oltre a tradire un

⁷ Quelle evidenziate ed eventuali altre, che pure avrebbero potuto concorrere a giustificare una decisione di irricevibilità.

atteggiamento non sempre e del tutto sereno, distaccato ed equilibrato del giudice del rinvio⁸, risultano (appunto perché poco o male argomentate, se non a tratti grossolane) di scarso valore ed utilità sul piano giuridico (e spesso discutibili anche su altri piani; salvi alcuni spunti che, come in parte si vedrà più avanti e in parte si è accennato in nota, in riferimento al punto 141, potrebbero forse essere meglio sviluppati, almeno sul piano teorico, in una prospettiva giuridico-costituzionale), vi fossero nelle pieghe dell'ampio – e in molte altre parti più accurato e

⁸ Si possono richiamare in questo senso, in particolare:

- il punto 48, in cui, sintetizzando alcune valutazioni critiche formulate dalla Giunta esecutiva centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati, si imputa al Governo di aver paralizzato la giustizia «*con la scusa dell'emergenza sanitaria*»;

- il punto 73, dove si ritiene “evidente” che «la scelta del Governo di impedire la celebrazione dei processi in pubblica udienza nel settore civile e in quello penale fino al 31 luglio 2020, con prospettiva di proroga della fase emergenziale solo per il settore giustizia fino al 31 gennaio 2021, anche a porte chiuse e con gli opportuni presidi sanitari, sia *determinata non dall'emergenza sanitaria, ma dalla scelta dell'Esecutivo di impedire la tutela dei diritti fondamentali* garantiti dal diritto dell'Unione e dal diritto nazionale per un lasso di tempo sufficiente[mente] lungo, così da rendere non più censurabili in sede giudiziaria proprio quei provvedimenti governativi emergenziali, che hanno provato la lesione dei diritti»;

- il punto 74, in cui, nuovamente, si ragiona di una «*volontà di paralizzare la giustizia* civile e penale in Italia fino al 31 gennaio 2021»;

- il punto 82, ove si accusa il Governo di aver «*approfittato delle precarie condizioni di lavoro della magistratura onoraria retribuita a cottimo per sospendere l'attività giudiziaria* negli Uffici dei Giudici di pace dal 9 marzo 2020 al 31 agosto 2020, prevedendo beffardamente con l'articolo 118 d.l. n. 18/2020 un contributo economico di € 600 al mese per massimo tre mesi in favore dei magistrati onorari che non sarà mai erogato dal Ministero della giustizia»;

- il punto 94, in cui si afferma essere in atto una «*paralisi delle procedure di tutela e garanzia dei diritti dell'ordinamento dell'Unione a tempo indefinito, e comunque fino al 31 gennaio 2021 per la durata (e con la scusa) dello stato di emergenza nazionale per il Covid-19*»;

- il punto 96, in cui si attribuisce al Governo la volontà di «*prorogare la paralisi di tutta la giustizia civile e penale fino al 31 gennaio 2021, attraverso la fictio iuris del persistere dello stato emergenziale anche per il periodo successivo al 31 luglio 2020*»;

- i punti 117 e 128, nei quali si lamenta una presunta *volontà di «occultamento della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale del 31 gennaio 2020»*, che sarebbe stata «scoperta», addirittura anche da parte del Presidente della Repubblica, dei parlamentari italiani e delle stesse Istituzioni UE «*soltanto dall'intervista al quotidiano “Repubblica” del 23 marzo 2020 dell'avv. Guido Magnisi di Bologna*», e ciò asseritamente in conseguenza del fatto che il provvedimento del 31 gennaio era stato «*pubblicato [...] in posizione molto defilata alle pagg. 7-8 della Gazzetta ufficiale, 1ª serie generale n. 26 del 1º febbraio 2020, insieme a provvedimenti di nessun significato o rilevanza né sul piano normativo né su quello amministrativo*»;

- il punto 125, in cui – non senza possibili ragioni in riferimento a specifici aspetti lasciati sullo sfondo, ma, si ritiene, “esagerando” non di poco nella sommaria, avventata e “allarmistica” sintesi (...e recenti vicende d'oltreoceano ci ricordando che l'allarmismo fuor di luogo sulla legittimità dell'azione delle istituzioni non è mai buona cosa, potendo arrivare a sviluppare pericolose reazioni a catena e in ogni caso contribuendo a inquinare il dibattito pubblico e quindi a indebolire, oltre alle istituzioni oggetto di bersaglio, il sistema democratico come tale, in alcuni dei suoi elementi e presupposti essenziali; nonché – si noti in generale – gli stessi strumenti costituzionali volti a garantirlo, in conseguenza dell'essere tali strumenti, se non a loro volta direttamente coinvolti come *oggetto* del tentativo di delegittimazione, a sproposito invocati nell'intento, in sostanza, di deformarli a proprio piacimento, con ciò snaturandone e potenzialmente minandone, alla lunga se non nell'immediato, il prezioso ruolo) – si afferma di condividere «*l'opinione di tanti giuristi, secondo cui il Governo è entrato in un cortocircuito istituzionale e costituzionale nella gestione del Covid-19, generando un diritto speciale per lo stato di emergenza in violazione della Costituzione nazionale e del diritto dell'Unione*»;

- infine, e in parte (essendo in questo caso la “provocazione” un po' più sottile e maggiormente agganciata a elementi oggettivi), il punto 141, ove si censura la scelta del governo di autorizzare, a decorrere dal 18 maggio 2020, «*lo svolgimento con le misure di contenimento di tutte le attività produttive ed economiche diverse dalla giustizia civile e penale, considerata, evidentemente, un servizio pubblico statale non essenziale fino al 31 gennaio 2021*», con ciò per la verità sovrapponendo forzatamente ed equivocamente, come in altri passaggi ispirati alla medesima logica, ambiti per la verità ben differenti – attività produttive ed economiche da una parte; servizi pubblici dall'altra – e come tali comprensibilmente oggetto di provvedimenti normativi distinti, salvo però, a livello generale se non con riguardo alla specifica circostanza oggetto di critica, il problema di fondo sostanzialmente evocato, assai serio, della *coerenza* delle misure adottate nei diversi ambiti e della loro intrinseca e complessiva *congruità* rispetto a quelle che possono e devono considerarsi le priorità da un punto di vista costituzionale (non sembrando peregrino fare idealmente riferimento, sotto entrambi i profili, all'art. 3 della Carta fondamentale).

oggettivamente stimolante – [provvedimento del 18 maggio](#)⁹ elementi tali da poter astrattamente condurre, ove la questione fosse stata formulata in modo più congruo, a un esito differente, soprattutto in riferimento a quei profili più pianamente riconducibili all’ambito della tutela di diritti e principi fondamentali (vuoi in virtù di un diretto richiamo alla Carta, vuoi per altri motivi).

Il primo ostacolo in questo senso, a dire il vero, è rappresentato proprio da uno di quegli aspetti che hanno indotto la Corte a ritenere la questione irricevibile, e cioè quello relativo alla (im)possibilità di rinvenire nei profili di merito della vicenda (sul piano fattuale e giuridico) elementi tali da giustificare – e anzi imporre, non essendovi sul punto in teoria spazio, almeno dal punto vista europeo¹⁰, per la configurazione di uno spazio ideale di “opzionalità” o discrezionalità rimessa al giudice nazionale – l’applicazione delle invocate norme europee.

Al riguardo, come si è ricordato, la Corte ha semplicemente censurato l’assenza di concrete indicazioni idonee a chiarire e supportare l’estremamente generico, e non circostanziato, assunto del giudice del rinvio, osservando che la “mera affermazione” secondo cui «la maggior parte delle disposizioni di diritto interno applicabili alle cause sottoposte al suo esame, compresa la controversia nell’ambito della quale egli adisce la Corte, risulta dalla trasposizione del diritto dell’Unione ad opera del legislatore italiano», risulta «manifestamente *insufficiente* a consentire *alla Corte di constatare una siffatta attuazione*».

Ciò che ci si potrebbe anzitutto chiedere è se, al di là di tali (in ipotesi) “contingenti” carenze motivazionali nell’ordinanza di rinvio, vi fossero o meno nella vicenda elementi concreti potenzialmente adducibili allo scopo di consentire alla Corte di “constatare una siffatta attuazione” e, più in generale, ricondurre “la situazione giuridica” all’ambito di applicazione del diritto dell’Unione (oppure, almeno, volendo allargare le maglie quanto più possibile alla luce della giurisprudenza europea, rinvenire un nesso sufficiente tra la prima e quest’ultimo).

Non si intende qui addentrarsi nella questione (anche perché si tratta di un quesito cui meglio potrebbe rispondere un esperto conoscitore del diritto dell’Unione tutto, nelle sue molteplici aree – e modalità – di intervento).

Ma forti dubbi sembra possibile nutrire al riguardo.

Nondimeno, si ritiene utile prescindere da tale questione – ragionando, per intendersi, *come se* un idoneo collegamento con il diritto dell’Unione vi fosse, con conseguente possibilità di applicare alla controversia, o meglio alla “situazione” (v. poco oltre), le (numerose) norme eurounitarie richiamate – allo scopo, appunto, se non proprio di procedere a un puntuale e a approfondito esame della compatibilità delle misure e delle condotte (anche omissive) richiamate e censurate nell’ordinanza di rinvio rispetto a tutti i “parametri” evocati (ammesso che abbia senso e sia corretto

⁹ Il discorso si potrebbe teoricamente allargare espressamente, in vista della decisione che dovrà adottare il nostro giudice delle leggi, al provvedimento del 28 maggio 2020 con cui il medesimo Giudice di pace ha sollevato, come si è già ricordato, una questione di legittimità costituzionale formulata *in una logica e con riferimenti per molti versi analoghi*. Per non complicare e appesantire ulteriormente la trattazione sembra però opportuno astenersi, in questa sede, da una simile “commistione”, con l’avvertenza tuttavia che, proprio in ragione della larga coincidenza di contenuti, molte delle osservazioni che si svolgeranno con riguardo all’ordinanza del 18 maggio saranno di per sé estensibili, in modo più o meno pieno, anche a quella del 28 maggio, pur non esplicitamente considerata.

¹⁰ Laddove dal *punto di vista dell’ordinamento nazionale*, al contrario, sembra potersi configurare, in riferimento al principio costituzionale di eguaglianza e ai suoi corollari (potendo assumere rilievo al riguardo anche i principi di cui all’art. 97 della Costituzione), un’area in cui l’applicazione di norme europee, in specie quelle contenute nella Carta o comunque attinenti alla tutela di diritti e principi fondamentali, *potrebbe* “spontaneamente” ritenersi da estendere – per ragioni appunto *di diritto (costituzionale) interno* – a fattispecie alle quali tali norme, per forza propria, non sarebbero riferibili, allo scopo in particolare di scongiurare il rischio di “discriminazioni al rovescio” (per alcune riflessioni sul punto ci si permette di rinviare per brevità ai nostri *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, CEDAM, 2008, spec. 185 ss., *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, in E. Falletti, V. Piccone (cur.), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo: il giudice alla ricerca della soluzione*, Bari, Cacucci, 2012, 109-125, nonché in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2011 e in [Europeanrights.eu Newsletter](#), 2011 e *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE*, in [Rivista AIC](#), 1/2017, spec. 30 s.; ma la tematica, come è noto, è stata affrontata e maggiormente sviluppata anche da altri autori, alcuni dei quali citati negli scritti indicati) e/o di organizzare in modo più razionale, coerente e funzionale l’attività della pubblica amministrazione.

ragionare in questi termini, e che ve ne siano i presupposti nel caso di specie), quantomeno di illuminare un po' meglio, direttamente o indirettamente (e cercando di seguire neutralmente, si vuol precisare, il punto di vista del giudice del rinvio), i profili di potenziale contrasto o tensione di tali misure e condotte rispetto ad alcuni diritti e principi fondamentali riconosciuti (anche) a livello europeo.

Il tutto nella consapevolezza che problemi (ed eventualmente soluzioni) simili – in riferimento a norme e attraverso rimedi sovranazionali, come pure, e prima ancora, attraverso i vari rimedi interni (nell'ambito dei quali, ad ogni buon conto, sarà sempre possibile e doveroso fare, in un modo o nell'altro, pieno utilizzo degli stessi “parametri europei”, CEDU e Carta dei diritti naturalmente *in primis*) – potrebbero porsi (ed aversi) con riguardo a molte altre misure, e in genere condotte, di autorità e soggetti di varia natura chiamati ad agire nell'ambito dell'emergenza sanitaria; e ciò ancor più ove – in un certo senso rovesciando l'ottica – si estendesse l'esame di tali misure e condotte (anche, lo si ribadisce nuovamente, di natura omissiva, almeno nei limiti in cui sul punto possa aversi un sindacato efficace) alla loro compatibilità non solo con quei *diritti e principi che sono stati e sono limitati allo scopo di tutelare la salute, individuale e collettiva*¹¹, ma, prima ancora, proprio *con l'obiettivo primario di tutelare la salute*.

Ai nostri fini, sembra utile distinguere, all'interno dell'[ordinanza del 18 maggio 2020](#), due ordini di questioni: quelle riferibili, in modo più o meno diretto, alla posizione del giudicante (sotto molti profili) e quelle ricollegabili, anche in questo caso in modo più o meno diretto, alla posizione delle parti, con la prevedibile precisazione che in alcuni casi un medesimo aspetto può assumere rilievo sotto entrambi i profili¹².

¹¹ È prevalentemente questa, può notarsi, la prospettiva adottata negli interventi dottrinali, più o meno critici e più o meno rigorosi, pubblicati nei mesi scorsi; ed è questa ovviamente la prospettiva adottata e sistematicamente diffusa – con il rigore scientifico che ci si può attendere (...*nel merito*; non nelle *modalità di diffusione* che sembrano invece seguire, qui sì, un approccio davvero “scientifico”...) – nell'ambito di quelle “bolle” di pensiero distorto (e spesso strumentalmente nutrito e sfruttato anche a fini politici, come un'indagine relativamente agevole potrebbe mostrare) alle quali usualmente si fa riferimento, in questo periodo, parlando di “negazionismo” o “complotto”.

Diversi sono gli episodi di cronaca, negli ultimi mesi, dai quali in modo simile emerge un palesemente insensato (ma non improvvisato, e in questo senso ancor più goffo, ma al contempo preoccupante) orgoglioso tentativo di riferimento a norme costituzionali per “ribellarsi” a misure precauzionali e protettive (...di ciascuno di noi, ma sempre, direttamente o indirettamente, anche degli altri), incluse quelle più ragionevoli (anche nel senso tecnico del termine), efficaci ed indolori, come l'obbligo di utilizzo delle mascherine o il distanziamento in determinati contesti...

E assai significativo – e, ancora una volta, preoccupante, per l'effetto di volano che, volontariamente o involontariamente, simili iniziative possono avere, contribuendo ulteriormente all'impoverimento (sul piano dei contenuti e anzitutto dei metodi) del dibattito pubblico, e, prima ancora, del livello (...“qualitativo” oltre che quantitativo) di conoscenza e in genere di consapevolezza e capacità critica (nel senso vero) di una parte notevole della popolazione, per vari motivi più agevolmente suggestionabile e meno propensa, o comunque meno abituata, a utilizzare correttamente le proprie capacità di discernimento – sembra (a prescindere dalla buona fede, dalle finalità dirette e indirette e dalle competenze dei soggetti coinvolti, nella veste di promotori, collaboratori e sostenitori attivi o semplici “seguaci”) il diffondersi di più o meno improbabili “comitati” ed enti autoproclamatisi paladini delle libertà costituzionali o addirittura autoinvestitisi di funzioni di vigilanza sulla corretta applicazione della Costituzione da parte degli organi pubblici (non senza talora affiancare a tale roboante descrizione del proprio ruolo, già di per sé potenzialmente vantaggiosa sotto altri profili anche economici, forme di procacciamento diretto di contributi finanziari mediante tesseramento o altri sistemi)...

¹² La distinzione, per quanto in alcuni casi forzata (e salva in ogni caso la possibilità, come si diceva, di considerare determinate doglianze “ambivalenti”), risulta importante e anzi imprescindibile per vari motivi, tra cui anzitutto le sue *ricadute sulla legittimazione soggettiva* a contestare eventualmente in diverse sedi i provvedimenti e le condotte cui si fa riferimento (e, in relazione a ciò, sul giusto modo con cui “mettere a fuoco” – e prima ancora, per restare in metafora, con cui “inquadrare”, per poterli utilmente contestare – provvedimenti e condotte suscettibili in ipotesi di assumere rilievo ed essere censurati in entrambe le prospettive, a seconda appunto del soggetto che si accinga a farlo).

Vi è poi sullo sfondo, come si accennava, un terzo ordine di questioni, di natura ancor più generale, relative al modo in cui – *al di là* dello specifico ambito della giustizia di pace, e della *giustizia* in genere; e al di là delle *ricadute* delle limitazioni adottate a tutela della salute sui diritti fondamentali attinenti a questo ambito, come pure ad altri ambiti, in quanto almeno in prima battuta contrapposti o “concorrenti” rispetto alla salute – l'emergenza sanitaria (...e non solo sanitaria) derivante dalla pandemia è stata affrontata da parte delle istituzioni e degli organi pubblici (tutti, e a tutti i livelli), ed anche da parte di taluni soggetti privati (enti o anche singoli individui) su cui, in ragione delle attività svolte o del ruolo ricoperto, ricadevano e ricadono responsabilità particolari.

4.1. Criticità più strettamente riferibili alla posizione del giudicante...

Iniziando dal primo profilo – quello cioè, per intendersi (e per rifarsi alle parole con cui la Corte ha ritenuto di sintetizzare molte delle doglianze contenute nell’ordinanza di rinvio), relativo alle «modalità organizzative in cui [il giudice del rinvio] sostiene di essere tenuto ad esaminare il procedimento principale», bisognerà ancora una volta ragionare *come se* le censure mosse potessero assumere rilievo nell’ambito di un rinvio pregiudiziale al giudice dell’Unione, laddove invece la Corte, come si è ricordato, da un lato ha preso atto del fatto che la controversia principale non risultava presentare, «quanto al merito o al regime processuale applicabile al suo esame, un collegamento con [le invocate] disposizioni del Trattato UE o del Trattato FUE o che il giudice del rinvio sia chiamato ad applicare una qualsiasi di tali disposizioni al fine di ricavarne la soluzione di merito da riservare a tale controversia»; e, dall’altro, ha – invero un po’ sbrigativamente (concentrandosi cioè, parrebbe, solo su uno dei numerosi aspetti che avrebbero teoricamente potuto essere presi in considerazione) – osservato che dall’ordinanza di rinvio non risultava «neppure che una risposta della Corte» alle varie questioni poste sotto questo profilo generale fosse «atta a fornire al giudice del rinvio un’interpretazione del diritto dell’Unione *che gli consenta di dirimere questioni procedurali* di diritto nazionale di cui sarebbe *investito prima di poter statuire nel merito della controversia*».

Ebbene, ragionando come si diceva in termini astratti, e procedendo, come si accennava, in ordine sparso (ovvero selezionando, all’interno delle decine di pagine in cui si sviluppa l’[ordinanza del 18 maggio](#), solo qualche passaggio che sembra offrire maggiori motivi di attenzione, o comunque maggiori spunti di riflessione, nella prospettiva del diritto costituzionale), si può notare quanto segue.

Anzitutto, in più punti le censure mosse si ricollegano strettamente a profili strutturali del nostro ordinamento giudiziario (nella parte relativa ai giudici di pace, al loro inquadramento, alle loro funzioni, alle loro modalità di retribuzione, alle relative garanzie ecc.), evidenziando *pregressi* profili di tensione tra taluni suoi tratti e diversi principi (se non veri e propri diritti) fondamentali (di rilievo costituzionale interno, ma anche europeo) su cui la situazione di emergenza sanitaria, e le misure adottate (o non adottate) per far fronte ad essa, si sono innestate *ponendo tali criticità in maggiore evidenza*, o generando motivi di tensione *ulteriori ma pur sempre connessi*, in minor o maggior misura, ad esse.

Non si può chiaramente approfondire e affrontare la tematica “a tutto tondo” in questa sede, ma può essere utile almeno citare una serie di elementi specifici e alcuni dati d’insieme riportati nell’ordinanza del giudice di Lanciano, con la preliminare duplice avvertenza che il quadro normativo attuale, da cui prendono le mosse i rilievi critici ivi contenuti, è destinato, come è noto, a essere significativamente modificato per via legislativa allorché entrerà a regime la c.d. “riforma Orlando” (D.lgs. 116/2017, *Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57*), che ha innovato sotto molti aspetti – inclusi, come si diceva, alcuni tra quelli censurati e/o richiamati in più punti dell’ordinanza qui oggetto di riflessione¹³ – la disciplina in materia, non senza porre nuovi problemi (o comunque suscitare nuovi malcontenti tra gli appartenenti alle categorie coinvolte), che non possono tuttavia essere presi in considerazione in questa sede; e che inoltre, nel frattempo, sono state pronunciate alcune fondamentali sentenze – a livello nazionale e sovranazionale – in cui, in qualche modo e misura, sono state affrontate o

In questa enorme, complessa e delicata questione non ci si potrà chiaramente addentrare qui più di tanto, ma qualche osservazione generale (o talora più specifica) – ispirata anche a ciò che il diritto e la giustizia costituzionale sembrano poter insegnare tanto sul piano dei valori di fondo quanto sul piano del metodo (ammesso che si possano tenere rigidamente distinte le due cose) – si farà più avanti, e specialmente nelle parti finali del lavoro.

¹³ Punti richiamati in parte nei paragrafi immediatamente successivi; in parte, nel quadro di alcune riflessioni più generali, in successive parti del lavoro.

almeno “toccate” le relative questioni di fondo, tuttora però largamente in attesa di essere *normativamente* “risolte” in maniera giuridicamente e politicamente (nel senso più lato del termine) del tutto soddisfacente (o comunque... più soddisfacente)¹⁴.

4.2. ...a prescindere dall'emergenza sanitaria...

Quanto agli elementi riportati nell'ordinanza di rinvio, e limitandosi a quelli più strettamente attinenti alla posizione del giudicante o al complessivo attuale assetto organizzativo e operativo del settore della giustizia di pace ed alle ricadute delle misure emergenziali su tali aspetti (e rinviando invece alla parte successiva l'esame di altri elementi ricollegabili solo o anche, in modo magari indiretto ma evidente, alla posizione delle parti), possono anzitutto richiamarsi i passaggi dell'ordinanza in cui, su un piano molto generale, il giudice del rinvio, da un lato, evidenzia come la sua attività, svolta ininterrottamente da 17 anni e asseritamente paragonabile, da un punto di vista quantitativo, a quella svolta dai giudici “di carriera” (punto 6 dell'ordinanza, ove si fa riferimento a un dato, il numero di udienze, indicato in circa 85 all'anno, «corrispondente alla media [...] della

¹⁴ Si allude, anzitutto, alla [sentenza della Corte di Giustizia del 16 luglio 2020](#), in causa C-658/18, *UX*, e alla [sentenza della Corte costituzionale n. 267/2020](#), depositata il 9 dicembre 2020; ma anche (in stretto collegamento con la citata decisione del giudice eurolunitario) alla sentenza del Tribunale (sez. lavoro) di Napoli del 26 novembre 2020 in causa n. 23450/2018; a quella del Tribunale (sez. lavoro) di Vicenza del 16 dicembre 2020, n. 343/2020; a quella (parziale) del TAR Emilia Romagna 20 ottobre 2020, n. 644/2020 (con cui si è deciso di confermare il rinvio pregiudiziale precedentemente disposto con ordinanza n. 363 del 24 giugno 2020 nonostante l'intervenuta sentenza della Corte di Giustizia del 16 luglio 2020, allo scopo di sollecitare «un più approfondito esame da parte della Corte di Giustizia in sede pregiudiziale, delle funzioni concretamente esercitate dal giudice di pace nell'ambito dell'ordinamento nazionale, sussistendo altrimenti il rischio pressoché certo di determinare un margine di apprezzamento eccessivamente ampio da parte del giudice nazionale in uno con l'elusione dell'effetto utile delle direttive» rilevanti) e, ancora, al decreto del Presidente dello stesso TAR del 5 novembre 2020, n. 702/2020.

Di tali importanti provvedimenti giurisdizionali, alcuni dei quali hanno profondamente inciso, al piano pratico e al piano teorico-dogmatico, sullo “statuto” del Giudice di pace, e che per questo motivo (...e anche per altri) meriterebbero un autonomo approfondimento, non ci si può occupare in questa sede, ma può valer la pena riportare almeno il dispositivo delle decisioni della Corte di giustizia e della Corte costituzionale.

Nella prima, la Corte di Lussemburgo ha così statuito:

«1) L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che il Giudice di pace (Italia) rientra nella nozione di “giurisdizione di uno degli Stati membri”, ai sensi di tale articolo.

2) L'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che un giudice di pace che, nell'ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, può rientrare nella nozione di “lavoratore”, ai sensi di tali disposizioni, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

La clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato della direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che la nozione di “lavoratore a tempo determinato”, contenuta in tale disposizione, può includere un giudice di pace, nominato per un periodo limitato, il quale, nell'ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato della direttiva 1999/70, deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale che non prevede il diritto per un giudice di pace di beneficiare di ferie annuali retribuite di 30 giorni, come quello previsto per i magistrati ordinari, nell'ipotesi in cui tale giudice di pace rientri nella nozione di “lavoratore a tempo determinato”, ai sensi della clausola 2, punto 1, di tale accordo quadro, e in cui si trovi in una situazione comparabile a quella di un magistrato ordinario, a meno che tale differenza di trattamento sia giustificata dalle diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni di cui detti magistrati devono assumere la responsabilità, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».

Nella seconda, il nostro giudice delle leggi ha «dichiarato» l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67 (Disposizioni urgenti per favorire l'occupazione), convertito, con modificazioni, nella legge 23 maggio 1997, n. 135, nella parte in cui non prevede che il Ministero della giustizia rimborsi le spese di patrocinio legale al giudice di pace nelle ipotesi e alle condizioni stabilite dalla norma stessa», sulla base di argomentazioni che parrebbero travalicare di molto la specifica questione ma nelle quali, come si diceva, non ci si può qui addentrare.

magistratura professionale di 1° grado nel settore civile»), contribuisca, al pari di quella di altri circa 5300 magistrati onorari (punto 9), tra cui circa 1300 giudici di pace (punto 87), al regolare funzionamento della giustizia, in ambito civile e in ambito penale, sulla base di previsioni normative che, a tal fine, istituzionalmente e per così dire strutturalmente fanno perno sui giudici onorari¹⁵, e in specie sui giudici di pace (cfr. in questo senso la precisazione e il riferimento normativo contenuti al punto 7); e, dall'altro, pone in evidenza e lamenta una serie di criticità relative allo status dei medesimi, talune precedenti e non correlate all'emergenza sanitaria, altre direttamente collegate o comunque venute maggiormente in rilievo in connessione ad essa (e, concretamente, in conseguenza delle misure adottate nel settore della giustizia per farvi fronte).

Si spazia così da blande indicazioni critiche relative, in generale, allo “status” e più concretamente alle modalità e all'entità della retribuzione dei giudici di pace – ricordandosi in particolare al punto 12 come le indennità previste per remunerare, a cottimo, le relative attività siano rimaste le medesime che erano state fissate dalla legge con la quale, nel 1991, si istituì la figura del Giudice di pace come giudice ordinario della Repubblica, ed equivalenti oggi, al lordo delle ritenute fiscali, a 36,15 euro per ciascuna udienza; 56,10 euro per ciascuna sentenza o verbale di conciliazione; 10 euro per altri provvedimenti giudiziari e 8,60 euro al giorno per attività di studio e formazione per ogni giorno di servizio, con esclusione del mese di agosto, dei periodi di malattia o di sospensione dell'attività giurisdizionale – a più dirette doglianze sulle ricadute che (anche) sotto questi profili di immediato interesse del giudice del rinvio hanno avuto i provvedimenti e in genere le misure adottate (o non adottate) nel contesto dell'emergenza, che, come si vedrà meglio, hanno avuto l'effetto di paralizzare quasi completamente l'attività giudiziaria

¹⁵ In questo senso, *l'ampio, sistematico e decisivo ricorso a figure “precarie” per garantire l'espletamento di funzioni pubbliche essenziali* (...che nulla ha a che vedere con lo zuccheroso principio di sussidiarietà orizzontale, a sua volta troppo spesso invocato a sproposito in altri ambiti per ammantare di una veste nobile la mera abdicazione dello Stato dai suoi compiti attraverso “esternalizzazioni”, privatizzazioni, concessioni, partenariati, convenzioni e altre pratiche le cui reali finalità e comunque i cui effetti pratici – prescindendo da ogni implicazione di principio – non di rado risultano deludenti, per chi si era voluto illudere, e forse meritevoli di una qualche maggior attenzione, se non altro, della Corte dei conti...) sembra in parte accostabile, ma con rilevanti differenze, a quanto avviene in altri settori (primariamente) pubblici altrettanto importanti, tra cui, in misura sempre maggiore, quello della *sanità* (e il riferimento è appunto alla stessa sanità pubblica, oltre che ovviamente a quella “privata”, dove il fenomeno – per il quale non sembra esagerato usare la parola “sfruttamento” – è come prevedibile ancor più diffuso) e soprattutto quello dell'*istruzione*, laddove alle storiche e gravissime carenze della scuola d'infanzia, primaria e secondaria (che hanno portato, come è noto, anche a sonore condanne in sede europea), in conseguenza soprattutto di fenomeni patologici sul fronte del (mancato) reclutamento e del conseguente abuso di supplenze e supplenti, si sono affiancate negli ultimi lustri le *crescenti carenze strutturali in ambito universitario* (ove pure, per così dire, il sistema collasserebbe, tanto sul versante della ricerca quanto su quello della didattica, se venisse a mancare l'apporto della componente “non strutturata”: cultori, dottorandi, borsisti, assegnisti e oggi anche ricercatori: v. oltre), in questo caso in conseguenza non soltanto di restrizioni più o meno contingenti sui reclutamenti (in parte per mera, discutibilissima volontà di risparmio in un settore su cui sarebbe invece opportuno, per non dire doveroso, investire; in parte per comunque grossolana e discutibile reazione a distorsioni ed abusi che pur si erano avuti, su questo fronte, negli anni precedenti, e che avrebbero meritato di essere combattuti principalmente su altri piani e con altri mezzi), ma anche di deliberate scelte legislative, per effetto delle quali nel settore della ricerca e dell'insegnamento universitario è oggi (*id est*: a seguito dell'abolizione della figura del ricercatore a tempo indeterminato, che già rappresentava, specie nell'ultimo periodo prima della geniale “riforma”, una posizione raggiungibile solo dopo parecchi anni di lavoro precario) *normativamente impossibile* accedere a una posizione lavorativa stabile se non a distanza di moltissimi anni dalla laurea (e magari attraversando anche periodi di disoccupazione, di lavoro “a titolo volontario”, gratuito o semigratuito, e/o di lavoro in parallelo ad altre attività svolte a fini di sostentamento), la prima posizione lavorativa a tempo indeterminato essendo quella di “professore associato” e la prevista “trafila”, necessaria per potervi eventualmente accedere (partecipando a un concorso locale in competizione con altri candidati provenienti da tutta Italia che hanno percorso la medesima trafila), consistendo in una lunghissima corsa ad ostacoli – dottorato di ricerca, 3 anni; borse di studio o assegni di ricerca, “x anni”... potenzialmente parecchi; posto da ricercatore “di tipo a”, detto anche “junior”... sebbene alcuni abbiano già i capelli grigi a questo punto..., altri 3 anni; posto da ricercatore “di tipo b”, o “senior”, ulteriori 3 anni; abilitazione scientifica nazionale... – il cui traguardo finale e le cui stesse tappe intermedie potrebbero strada facendo rivelarsi irraggiungibili (e così avviene “fisiologicamente” per la maggior parte dei partecipanti alla corsa, essendo il sistema “ad imbuto” e prevedendo quindi strutturalmente un altissimo numero di “abbandoni forzati” lungo la via) per motivi che spesso non dipendono (per ragioni patologiche ma anche per ragioni fisiologiche o contingenti) dal merito, dall'impegno e nemmeno dalla “resistenza” del “corridore”...

per un periodo relativamente lungo e, nello specifico, di privare i giudici di pace – e gli altri giudici onorari¹⁶ – della possibilità di lavorare ed essere retribuiti per il loro lavoro (di una complessiva «situazione di assenza di tutela economica» si ragiona – in termini più generali e alla luce anche di altre criticità richiamate, come vedremo subito, in precedenti parti dell’ordinanza – al punto 88).

4.3. ...o (anche) in relazione alle misure adottate nel contesto della pandemia.

In questo contesto – e spostandoci più specificamente sulla situazione venuta a crearsi e sulle misure adottate nel contesto della pandemia – si inseriscono, in particolare, una serie di più circostanziati e pungenti rilievi (dai quali sarà possibile prendere le mosse per un breve ma probabilmente utile allargamento di prospettiva) relativi alla previsione, contenuta nell’art. 119 del decreto legge n. 18 del 2020, di “un contributo economico mensile pari a 600 euro per un massimo di tre mesi e parametrato al periodo effettivo di sospensione di cui all’articolo 83”, in relazione soprattutto all’asserita (e invero ampiamente argomentata, mediante osservazioni sulla cui incontrovertibilità chi scrive non è in grado di esprimersi né ha effettuato indagini, ma che parrebbero quantomeno plausibili e che in ogni caso hanno il pregio di mettere in evidenza talune oggettive criticità del sistema e del modo in cui è stata gestita l’emergenza in questo settore, sotto diversi profili) *impossibilità pratica* di conseguire effettivamente tale contributo (cfr. punto 82, ove si afferma seccamente che esso «non sarà mai erogato dal Ministero della giustizia», e dove, per questo specifico motivo, la sua previsione viene definita “beffarda”) in conseguenza di quella sorta di corto circuito accuratamente illustrato nell’ordinanza di rinvio e in base al quale, semplificando molto, una sospensione dell’attività rilevante ai fini della concessione del contributo non si potrebbe configurare in quanto i giudici di pace si troverebbero non *giuridicamente* e formalmente, ma solo *di fatto* e sostanzialmente, *costretti*¹⁷ (da una serie di provvedimenti, o mancati provvedimenti, e di circostanze oggettive su cui, come si diceva, varrà la pena soffermarsi poco oltre) a rinviare – *attraverso decisioni proprie*, apparentemente frutto di libere valutazioni, ma in realtà (almeno secondo l’accurata ricostruzione proposta) del tutto necessitati¹⁸ – le proprie udienze, in assenza di

¹⁶ Cfr. al riguardo i punti 86-88, nei quali – non è chiaro con quanta pertinenza rispetto all’oggetto e, per così dire, alle complessive finalità, pur di estrema ampiezza, dell’ordinanza di rinvio – ci si spinge a calcolare il prevedibile «risparmio di spesa» di cui lo Stato beneficerà in conseguenza della mancata attività dei giudici di pace (e in genere dei magistrati onorari) e pertanto della mancata corresponsione delle relative «indennità a cottimo».

Ancor più eccentrici, e tuttavia indicativi in sé e in relazione all’approccio generale alla base dell’ordinanza, risultano poi i dati riportati al punto 89, relativo alla più che comprensibilmente contestata scarcerazione di centinaia di mafiosi sulla base dell’art. 123 del d.l. 18/2020, seguito poi – in una sequenza dal giudice del rinvio ritenuta non senza alcune ragioni sintomatica, e anzi “specchio fedele”, dell’«attuale stato di confusione totale dell’amministrazione della giustizia civile e penale in Italia» – dal d.l. 29/2020.

Appena il caso di puntualizzare, non avendo la cosa molto rilievo, che le stime di risparmio di cui ai punti 86-88 sembrano effettuate in modo piuttosto largheggiante, sia perché fondate su previsioni “pessimistiche” circa le sorti della giustizia italiana nei mesi successivi all’ordinanza di rimessione (previsioni almeno in parte smentite dagli eventi e dalle misure successive), sia perché basate sulle cifre *massime* che lo Stato ha previsto di destinare alla retribuzione dei magistrati onorari: cifre presumibilmente non coincidenti in molti casi, almeno alla luce di altri dati riportati nell’ordinanza (cfr. i punti 6, 9, 11 e 12), con quelle realmente versate a fronte del lavoro effettivamente svolto; il tutto, poi, prescindendo dalla circostanza di fondo che, verosimilmente (qui come in molti altri ambiti, in misura maggiore o minore), la *gran parte* se non proprio la *totalità* dell’attività non svolta nel periodo dell’emergenza (...può immaginarsi, in effetti, che i forzati ritardi causeranno almeno in qualche caso rinunce e forse soluzioni alternative ai procedimenti giudiziari; ma può pure immaginarsi, per altri casi, un effetto opposto, di aumento del contenzioso nel medio periodo proprio in conseguenza dell’impossibilità di affrontare e risolvere attraverso attività e interventi giudiziari più tempestivi e “indolori” situazioni problematiche destinate, per questo motivo, a esacerbarsi e sfociare in azioni e procedimenti giudiziari più impegnativi) dovrà essere “recuperata” in seguito, andando ad aumentare gli introiti effettivi dei giudici onorari nel periodo successivo.

¹⁷ Si vedano a questo specifico riguardo, in particolare, i punti, 23, 55, 91 e 137, citati poco più avanti.

¹⁸ Più volte, in relazione a tale aspetto, si lamenta nell’ordinanza (punto 91, punto 102, ma pure punto 138) anche il rischio di incorrere in azioni di responsabilità dovute, semplificando, alla discrepanza tra il quadro giuridico (con le possibilità “teoriche” e gli obblighi che *in linea di principio* ne discenderebbero) e la situazione reale, con le assai più ridotte possibilità “pratiche” concretamente lasciate da essa (v. in questo senso, tra gli altri, il punto 91, dove, come si

alternative giuridicamente ammissibili e concretamente praticabili, ma senza, come si accennava, che ne discenda quella generalizzata e, per così dire, formalizzata sospensione dell'attività posta a presupposto delle provvidenze ministeriali (v. anche, al riguardo, tra gli altri, il punto 14, ove si segnala come «la stessa situazione di assenza di tutela [sia] comune a tutti i magistrati onorari, dal momento che il Ministero della giustizia, sapientemente utilizzando la norma proposta dal suo Ufficio legislativo, non intende corrispondere nessuna indennità ai magistrati onorari in quanto, *sul piano letterale*, vi sono pochissime cause, non trattate dalla magistratura di pace, che sono state comunque tenute dai giudici professionali di Tribunale in 1° grado in udienza pubblica tra quelle urgenti individuate nell'art. 83, comma 3, del d.l. n.18/2020, per cui, *formalmente*, l'art. 83 del d.l. n.18/2020 non contiene alcuna disposizione di sospensione totale dell'attività giudiziaria, neanche del periodo dal 9 marzo 2020 all'11 maggio 2020»).

I rilievi da ultimo menzionati ci consentono, come anticipato, di allargare leggermente la prospettiva di analisi, andando a toccare alcuni aspetti che, a loro volta, ci porteranno a “scivolare” in modo molto naturale sulla “seconda parte” delle questioni di merito sollevate (sia pure impropriamente) nell'ordinanza di rinvio del 18 maggio, e cioè quelle relative non alla posizione del giudicante, bensì, direttamente o indirettamente, alla posizione delle parti.

Soprattutto, sembra utile soffermarsi sugli argomenti e sui riferimenti – a provvedimenti normativi del Parlamento o del Governo, oltre che ad altre misure adottate o non adottate da quest'ultimo, e, ancora, a provvedimenti del Presidente del Tribunale di Lanciano – attraverso i quali viene motivata quella “impossibilità fattuale” di cui sopra, a sua volta posta a fondamento (invero in modo alquanto apodittico e scarno, pur potendosi rinvenire alcuni passaggi testuali e concettuali utili per tentare di ricostruire certi nessi non esplicitati, come si dirà) della lamentata lesione del principio di *indipendenza del giudice*, nonché di quella – parimenti poco argomentata, ma più agevolmente “decifrabile” e individuabile – del «principio del *giusto processo*» (alla lamentata lesione di tali due principi ricollegandosi o affiancandosi poi, in modo ancor più confuso e per così dire superficiale, quella dei «diritti ad essi connessi della dignità delle persone, della libertà e della sicurezza, dell'uguaglianza davanti alla legge, della non discriminazione, di condizioni di lavoro eque e giuste, dell'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, della libertà di circolazione e di soggiorno»).

Ebbene, gli elementi cruciali a tal riguardo sembrano essere quelli richiamati nei passaggi (*in primis* i punti 23, 29, 30, 36, 37, 53, 54, 60 e 61; ma anche altri, come il 45, il 66 e il 67, il 71, il 79 e l'80, il 96) in cui si illustra la sequenza di atti e, per così dire, di circostanze (spesso risultanti da forme di “miopia” o inerzia sulle quali si tornerà a porre l'attenzione più avanti nel quadro di una riflessione più generale) che hanno portato alla *concreta impraticabilità* di tutte le modalità di svolgimento delle udienze *astrattamente consentite*, in determinate circostanze e/o a determinate condizioni più o meno impegnative, dal d.l. 18/2020: modalità “da remoto” nel contraddittorio delle parti ex art. 83, comma 7, lett. f); trattazione scritta ex art. 83, comma 7, lett. h); celebrazione a porte chiuse ex art. 83, comma 7, lett. e).

Poiché su molti dei citati passaggi ci si soffermerà in seguito – soprattutto nei paragrafi 6.3 e 6.4 – ci si limiterà qui a sintetizzare molto rapidamente, in modo piuttosto “libero” (e, per la ragione appena detta, selettivo), gli snodi argomentativi principali (sempre alla stregua – lo si ribadisce – dell'impostazione del giudice del rinvio).

Snodi argomentativi che, in buona sostanza, ruotano intorno a due ordini di problemi e circostanze *di fatto* (ma chiaramente riconducibili, come si diceva, a decisioni e in genere condotte – spesso omissive – dei vari soggetti teoricamente chiamati a intervenire) che, nel loro combinarsi con i provvedimenti normativi adottati ai vari livelli, avrebbero generato una vera e propria “paralisi” (l'espressione è usata più volte: cfr. almeno i punti 48, 74, 94, 96, 101) della giustizia di pace e della giustizia in genere, rendendo *concretamente impossibile* (per i giudici di pace) – o comunque estremamente difficile e raro (per i giudici professionali) – lo svolgimento delle udienze

ricorderà nuovamente, si pone l'accento sulla «mancanza oggettiva delle condizioni tecniche e igienico-sanitarie che invece sembrerebbero sussistere», in particolare, in un decreto del Presidente del Tribunale di Lanciano del 12 maggio 2020).

e in genere l'avanzamento dei procedimenti *in qualsiasi forma*, secondo quanto si evidenzia con nettezza in più passaggi¹⁹.

Si allude, da una parte, a quell'elenco di carenze organizzative sul fronte tecnico-informatico – mancata informatizzazione sia del processo civile che del processo penale; impossibilità di accedere all'intranet del Ministero della giustizia da parte del personale di cancelleria in *smart working*; strutturale inidoneità dei computer in dotazione a tutti gli uffici giudiziari italiani alle modalità di *processo da remoto* attraverso la piattaforma informatica di Microsoft Teams per non essere tali computer dotati né di videocamere né di microfoni per operare in udienza virtuale; impossibilità per il cancelliere nel processo civile e per l'ausiliario del giudice nel processo penale di operare da remoto con i computer del proprio Ufficio giudiziario, non abilitati (anche per assenza delle relative licenze d'uso) ad utilizzare le piattaforme informatiche per creare le aule virtuali; mancanza, nell'Ufficio del Giudice di pace, dello strumento della consolle telematica, che consente ai difensori di consultare i fascicoli civili tramite computer... (cfr. su questi aspetti, oltre a quanto indicato all'interno della “questione”, i punti 29 e 30, 36, 37, 60, 71 e 72, ma anche 66 e 67, dell'ordinanza del 18 maggio) – che hanno di fatto precluso la duplice possibilità, pur prevista dalla normativa, di effettuare le udienze con modalità da remoto nel contraddittorio delle parti (cfr. art. 83, comma 7, lett. f) del d.l. n. 18/2020) oppure in forma scritta, «mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice» (così l'art. 83, comma 7, lett. h) del medesimo decreto).

Dall'altro, alla mancata adozione, ai vari livelli, di tutte quelle misure igienico-sanitarie – circa le quali cfr. in particolare i punti 53, 54 e 61, ma anche, “per contrasto”, il punto 72, nonché, ancora, quanto riportato all'interno della “questione”, ove tra l'altro si fa riferimento alla (mancata) sanificazione e disinfestazione straordinaria degli uffici, degli ambienti e dei mezzi in uso alla amministrazione giudiziaria, al (mancato) acquisto di materiale igienico sanitario e di dispositivi di protezione individuale, alla (mancata) individuazione di protocolli di misure di contenimento per lo svolgimento dell'attività giudiziaria, alla (mancata) installazione di separatori in plexiglass sul tavolo di udienza... – che avrebbero in teoria potuto e dovuto rendere praticabile l'ipotesi, rimasta invece “sulla carta” (segnatamente nell'art. 83, comma 7, lett. e) del d.l. 18/2020), di celebrazione delle udienze in presenza, a porte chiuse e in (relativa) sicurezza.

4.4. *A proposito della lesione dell'indipendenza del giudice.*

Da tutto ciò (e da quanto si è visto in precedenza), afferma il giudice del rinvio, è derivata anzitutto una lesione della sua indipendenza: sia, deve probabilmente ritenersi (anche se il collegamento non è pienamente esplicitato), su un piano generale, in conseguenza delle criticità relative agli aspetti retributivi, al mancato indennizzo e in genere all'evidenziata «assenza di tutela economica», tale in ipotesi da compromettere la serenità e complessivamente “indebolire” la posizione del giudice incidendo su quelli che, in quest'ordine di idee, potrebbero essere visti come presupposti materiali e psicologici della sua indipendenza, in senso molto lato; sia soprattutto in conseguenza di alcuni elementi più concreti, che potrebbero (in modo più o meno agevole e

¹⁹ Si vedano in questo senso, in particolare, il punto 23 (in cui, come si tornerà a ricordare, si censura il fatto che «il Presidente del Tribunale di Lanciano, al pari di tutti i Presidenti di Tribunale in tutta Italia, non è stato messo in condizioni di poter adottare nessuna delle misure organizzative» previste dall'art. 83, comma 7, lettere d), e), f) e h) del d.l. n. 18/2020»), il punto 55 (in cui si lamenta che «[l]'unica attività consentita a questo giudice di pace [...] era quella di rinviare tutte le udienze civili e penali nel periodo dal 12 maggio 2020 al 31 luglio 2020 a nuova udienza fissata nei mesi di settembre e ottobre 2020»; e ciò anche in riferimento «all'udienza istruttoria della controversia principale», senza tuttavia che tale circostanza sia stata valorizzata più di tanto ai fini della configurazione e, per così dire, della motivazione sulla “rilevanza” della questione), il punto 91 (in cui, come si è visto, si fa riferimento alle preclusioni operative derivanti dalla «mancanza oggettiva delle condizioni tecniche e igienico-sanitarie, che invece sembrerebbero sussistere» in alcuni provvedimenti) e il punto 137 (in cui il «rinvio d'ufficio di tutte le cause a data successiva al 31 agosto 2020» viene descritto come «[l]'unico provvedimento organizzativo [...] oggettivamente consentito rispetto alla descritta situazione»).

ovviamente senza in alcun modo sbilanciarsi sulla fondatezza nel merito di rilievi di tal genere) ricavarsi dai passaggi in cui si evidenzia criticamente – seppur un po’ di volata e senza ricavarne le conseguenze che, volendo, si sarebbe potuto provare a trarne a sostegno della questione – che «il Governo italiano con decretazione d’urgenza ha sospeso per il periodo dal 9 marzo all’11 maggio 2020 l’attività giudiziaria nel settore civile e nel settore penale, ad eccezione di pochissime cause ritenute urgenti *sul piano legislativo e non nella valutazione del giudice*» e che «le funzioni di coordinatore degli Uffici dei Giudice di pace, con conseguente totale autonomia rispetto al Tribunale [...] (Giudice di appello per tutte le decisioni adottate dai Giudici di pace [...]), sono state sottratte all’Ufficio del Giudice di pace e assegnate dalla legge delega 57/2016 al Presidente del Tribunale [...], che le esercita attraverso un Giudice professionale coordinatore»²⁰ (punto 8); sia, nuovamente (e forse decisamente), in ragione proprio di quelle cogenti limitazioni fattuali (in parte conseguenza di provvedimenti dell’amministrazione o del Presidente del Tribunale) precedentemente illustrate e fatalmente incidenti – ecco il punto che forse avrebbe potuto chiarirsi ed evidenziarsi maggiormente – su *scelte operative* che invece teoricamente, *sulla base del quadro legislativo (...e in ipotesi – se non altro per questo specifico motivo – anche del quadro costituzionale interno e sovranazionale), il giudice procedente*, come tutti gli altri Giudici di pace in ogni parte d’Italia, *avrebbe dovuto poter adottare in autonomia* (o, appunto, indipendenza).

5.1. *La lamentata violazione del principio del giusto processo e altre criticità riferibili alla posizione delle parti...*

Quanto poi alla lesione del principio del giusto processo, autonomamente evidenziata, essa può essere ricollegata (oltre che, su un piano teorico, alla stessa violazione del principio d’indipendenza del giudice: e di tale nesso vi è traccia in alcuni passaggi dell’ordinanza) a una serie di elementi più specifici, direttamente incidenti sui diritti delle parti del procedimento in corso.

Rinviando al prossimo paragrafo alcuni rilievi di natura più generale, possono qui quantomeno segnalarsi – in parte sviluppando con una certa autonomia i cenni presenti nell’ordinanza di rinvio – le criticità collegate, in riferimento ai ritardi e/o alle previste modalità eccezionali di svolgimento dei procedimenti nel periodo emergenziale (sulle quali si tornerà più avanti), ai rischi di violazione:

- del diritto alla ragionevole durata del processo, invero lasciato piuttosto in ombra, ma indirettamente evocato al punto 137 e sostanzialmente implicato dalla natura dei principali rilievi svolti;

- del diritto al contraddittorio e/o in genere dei diritti di difesa, anch’essi non più di tanto valorizzati nella motivazione e tuttavia “aleggianti” in diversi passaggi, alcuni dei quali richiamati in seguito; e menzionati esplicitamente (seppur in modo un po’ “obliquo”), se non altro, al punto 41, e soprattutto (qui in modo assai più diretto, seppur come al solito apodittico e non

²⁰ Su tale profilo critico (e su altri), anche e specialmente in riferimento ad alcune recenti prospettive di (ulteriore) riforma, cfr. da ultimo G. SCARSELLI, *Brevissime note sulle ultime proposte di riforma della normativa sui giudici onorari*, in *Giustizia Insieme*, 4 novembre 2020. Nella medesima [sede](#) e sempre con riguardo alle proposte attualmente in discussione v. anche, nell’ambito di un apposito “Forum” a cura di B. Capponi: F. RUSSO, *Brevi osservazioni sul testo unificato dei Disegni di legge. S. 1438, S. 1516, S. 1555, S. 1582, S. 1714 in discussione al Senato di “riforma della riforma” della magistratura onoraria*, 3 novembre 2020, G.N. NARDO, *Verso quale riforma della magistratura onoraria?*, 5 novembre 2020 e B. CARUSO, G. MINUTOLI, *Cui prodest? La riforma della magistratura onoraria tra tutela di diritti negati ed efficienza della Giustizia*, 6 novembre 2020.

Tra i contributi precedenti vertenti sulla “riforma Orlando” v. G. SCARSELLI, *Note critiche sul disegno di legge per la riforma organica della magistratura onoraria*, in *Foro it.*, 2015, V, 369 ss., Id., *La riforma della magistratura onoraria: un ddl che mira ad altri obiettivi e va interamente ripensato*, in *Questione Giustizia*, 13 luglio 2015, B. CAPPONI, *Il giudice di pace dopo la L. 28 aprile 2016, n. 57*, in *Corr. giur.*, 2017, 101 ss., e, nel quadro di una ricostruzione molto più generale, F. RUSSO, *Breve storia degli extranei nella magistratura italiana. Giudici onorari, avvocati e professori universitari immessi nella magistratura dall’Unità d’Italia al d.lgs. 12 luglio 2017, n. 116*, Roma, Aracne, 2019.

Sulla figura del Giudice di pace e sulla relativa disciplina originaria v. infine, tra gli altri, A. BONSIGNORI, A. LEVONI, G. F. RICCI, *Il giudice di pace*, Torino, Giappichelli, 1995 e R. CAPONI, *Giudice di pace e conciliazione in sede non contenziosa (art. 322 c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2005, V, 193 ss..

circostanziato) nel passaggio della “questione” in cui si afferma che «per il periodo dal 12 maggio al 31 luglio 2020, il Governo italiano ha imposto con decretazione d’urgenza per il settore civile e per il settore penale, cioè per i settori di competenza del giudice [del rinvio], [...] modalità organizzative delle pochissime udienze che avrebbero dovuto essere effettuate o di impossibile attuazione come il processo da remoto per carenza strutturale del sistema informatico e organizzativo di lavoro del Ministero della giustizia, o gravemente lesive dei diritti di difesa e del contraddittorio delle parti, come le udienze a sola trattazione scritta senza la presenza dei difensori e delle parti²¹;

- della garanzia di pubblicità del procedimento (punto 40, ove, in riferimento all’ipotesi di trattazione scritta prevista dal d.l. 18/2020 si ricorda la dura presa di posizione della VI Sezione del Consiglio di Stato²², ad avviso della quale «l’imposizione dell’assenza forzata, non solo del pubblico, ma anche dei difensori, finirebbe per connotare il rito emergenziali in termini di giustizia “segreta”, refrattaria ad ogni forma di controllo pubblico»);

- nonché di altre garanzie procedurali (punto 38, ove addirittura si osserva che, «laddove i Presidenti di Tribunale, come quello di Lanciano, abbiano individuato come modalità di svolgimento [...] quella del processo da remoto, tale modalità organizzativa presta comunque il fianco, come l’altra modalità della trattazione scritta senza [presenza dei] difensori e delle parti, alla nullità del processo per violazione delle disposizioni dei codici di procedura in materia di redazione dei verbali di udienza»).

5.2. ...e, più in generale, alla “descritta situazione di crisi sistemica della tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento interno”, in conseguenza della “paralisi delle procedure di tutela e garanzia dei diritti”.

Come anticipato, oltre ai rilievi più direttamente e specificamente ricollegabili alla posizione delle parti del procedimento principale, nell’ordinanza di rinvio vi sono una serie di passaggi rivelatori di (o comunque finalizzati a evidenziare) criticità sistemiche afferenti, più in generale, alla tutela dei diritti fondamentali e ai rischi, o comunque alle limitazioni, che (le possibilità effettive di ottenere) tale tutela, e conseguentemente i diritti stessi, hanno incontrato e, parrebbe, continuano a incontrare nel contesto della pandemia: non solo e non tanto (in questa particolare prospettiva di analisi e di riflessione, decisamente meno battuta) in modo *diretto* (secondo quella che, per intuitive ragioni, sembra invece essere, in modo più o meno fondato, la principale preoccupazione di non pochi giuristi e di molti cittadini, complici per la verità grossolane e dannosissime semplificazioni e strumentalizzazioni che tuttavia non oscurano la necessità di porsi molto seriamente anche questo problema, anche allo scopo, per così dire, di non creare – per mera pigrizia intellettuale o per ragioni di opportunità pratica, se non politica in senso stretto, anteposte ai propri doveri scientifici e/o istituzionali – “precedenti” pericolosi che potrebbero in futuro, in un diverso contesto politico e sociale, giocare un ruolo ben più “fatale” per la democrazia²³), cioè in quanto *immediatamente e chiaramente colpiti dalle misure restrittive* adottate per cercare di arginare il contagio e conseguentemente ridurre il numero di decessi ed aumentare le possibilità di cura; bensì in modo

²¹ Con riguardo a tali importanti e delicati aspetti si segnalano F. DONATI, *Giustizia online al tempo del Coronavirus e dopo*, in [Il diritto pubblico della pandemia](#), in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, II, Genova, 2020, 149 ss., P. SERRAO D’ACQUINO, *La riorganizzazione della giustizia civile al tempo del COVID. Commento alle misure introdotte dal decreto legge n. 18 del 2020*, in [Federalismi.it](#), 28 marzo 2020, I. LAGROTTA, *Il contraddittorio cartolare coatto tra interpretazione conforme a Costituzione e dubbi di legittimità*, [ivi](#), 13 maggio 2020, e A. ZAMPAGLIONE, L. FORTE, *La partecipazione a distanza all’epoca del coronavirus: tra contrazione del diritto di difesa materiale e esigenze di accertamento*, in [Dirittifondamentali.it](#), 9 aprile 2020.

²² Si allude alle ordinanze del 21 aprile 2020 nn. 2538 e 2539, su cui v. in particolare I. LAGROTTA, *Il contraddittorio cartolare coatto tra interpretazione conforme a Costituzione e dubbi di legittimità*, cit., e ID., “Giusto processo” amministrativo e decreto “Cura Italia”: il principio di oralità alla prova dell’emergenza, in [Judicium](#), 15 maggio 2020

²³ Cfr. in proposito F. SORRENTINO, [A proposito dell’emergenza coronavirus](#), in [Il diritto pubblico della pandemia](#), in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, II, Genova, 2020, 1 ss., ma pure gli altri scritti citati poco più avanti nella nota 27.

indiretto, meno evidente e verrebbe da dire “subdolo”, appunto in quanto *privati, in tutto o in parte, della possibilità di essere tempestivamente ed efficacemente tutelati attraverso i consueti rimedi giurisdizionali* (sulla cui centralità e imprescindibilità non dovrebbe essere necessario dilungarsi).

Sotto questo profilo possono ricordarsi (prescindendo in linea generale – lo si sottolinea una volta per tutte – da ogni personale valutazione sulla fondatezza dei rilievi, che andrebbe tra l’altro verificata anche alla luce degli effettivi sviluppi avutisi nelle settimane e nei mesi successivi al momento in cui l’ordinanza è stata scritta), principalmente, i seguenti passaggi:

- i punti 93 e 94, nei quali, prendendo le mosse dall’asserita lesione del requisito dell’indipendenza del giudice, «requisito che è parte del contenuto essenziale del diritto fondamentale ad un equo processo, il quale riveste un’importanza cardine in quanto garanzia della protezione di tutti i diritti» (inclusi quelli «che i singoli traggono dal diritto dell’Unione») nonché, in particolare, «del valore dello Stato di diritto», si arriva ad affermare (invero facendo riferimento a un’ulteriore circostanza e mescolando profili almeno in prima battuta distinti) che sarebbe «in atto una *crisi sistemica della tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento interno* per la lesione del principio di indipendenza e di imparzialità del giudice, provocata dalla *paralisi delle procedure di tutela e garanzia dei diritti dell’ordinamento dell’Unione a tempo indefinito*, e comunque fino al 31 gennaio 2021 per la durata (e con la scusa [*sic*]) dello stato di emergenza nazionale per il Covid-19»;

- il punto 100, in cui, per motivare l’istanza di procedimento accelerato ai sensi dell’art. 105 del Regolamento di procedura della Corte, si fa riferimento all’esigenza di una definizione rapida del giudizio «alla luce del *quadro normativo ed amministrativo* innanzi descritto, *che preclude per un lungo periodo di tempo la possibilità di tutela effettiva dei diritti soggettivi* davanti a questo giudice in conseguenza della violazione dell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione e del diritto delle parti ad un giudice indipendente e ad un processo equo»;

- il punto 101, ove si afferma – sempre in relazione alla richiesta di procedimento accelerato – che «[c]on la paralisi della giustizia civile e penale in Italia si è, dunque, determinata una situazione di gravissima incertezza nella tutela dei diritti fondamentali garantiti dal diritto dell’Unione e dal diritto costituzionale italiano»;

- il punto 143, in cui espressamente si pone a premessa e fondamento della questione pregiudiziale la «descritta situazione di crisi sistemica della tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento interno»²⁴.

Da tutto ciò, per provare a tirare almeno un po’ le fila, sembra risultare fortemente valorizzato – tra i tanti riferimenti “parametrici”, più o meno vaghi e pertinenti, contenuti nell’ordinanza di rinvio – il richiamo all’art. 47 della Carta dei diritti: non solo, per così dire, quale fonte immediata di diritti in capo al giudicante (o comunque di principi suscettibili di essere invocati e fatti valere da questi nel suo interesse), ma anche, come si accennava, *nella sua valenza strumentale alla tutela di tutti gli altri diritti (anche) fondamentali...*²⁵.

²⁴ A tali riferimenti può aggiungersi quello al punto 32, nel quale – sotto un diverso profilo – si ricorda che «inoltre, per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali, è stata disposta dall’art. 67, comma 3, del d.l. n. 18/2020 la sospensione fino al 31 maggio 2020 della possibilità di accesso dei cittadini agli atti della pubblica amministrazione (FOIA), in deroga alla legge 241/1990 sulla trasparenza dell’azione amministrativa, emanata in applicazione della normativa dell’Unione».

²⁵ Sul rilievo che i meccanismi di tutela giurisdizionale hanno avuto e hanno nella prospettiva costituzionale non occorre qui spendere molte parole: basti ricordare come essi rappresentassero un aspetto cruciale di quella (Magna) Carta del 1215 che, anche e soprattutto in virtù delle sue note previsioni su questo specifico aspetto (cfr. le clausole 39 e 40, non a caso definite il “golden passage” del celeberrimo documento), passò alla storia – con semplificazioni e forzature non indifferenti, ma... a ragion veduta! – come la prima Costituzione in senso (almeno in parte) moderno... (cfr. sul punto, volendo, V. SCIARABBA, *Tra Fonti e Corti*, cit, spec. 1-25 e, magistralmente, nel quadro di una diversa, più ampia e avvincente ricostruzione del costituzionalismo inglese e non solo, G.G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale. I. Dal medioevo inglese al 1791*, Torino, Giappichelli, 1991; per alcune riflessioni su una importante e nota vicenda che, in tempi recenti, ha riportato alla ribalta del costituzionalismo europeo – e, in incerta prospettiva futura, del costituzionalismo “globale” – i principi e meccanismi in questione, ci si permette poi di segnalare i nostri *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo dell’ONU*, in *Rassegna Forense*, 2006, I, 147-190, e nell’archivio [AIC](#), 23 dicembre 2005; *Lotta al terrorismo, diritti e*

6.1. *Alcuni insegnamenti e spunti di riflessione che possono trarsi dalla vicenda, sul piano procedurale...*

Così ricostruite, almeno nei loro tratti essenziali e di maggior rilievo nella prospettiva costituzionale, le questioni sul tappeto, sembra utile provare a trarre dall'intera vicenda alcuni "insegnamenti" (ulteriori rispetto a quelli sui quali ci si è già più puntualmente soffermati) o comunque alcune indicazioni o spunti di riflessione di ordine più generale, su due diversi piani.

Sul piano "procedurale" – e più precisamente sul piano delle dinamiche dei rapporti tra Corti e, prima ancora, delle *funzioni* e più in generale del *ruolo* delle Corti e dei giudici tutti (dei loro compiti, dei loro poteri, dei loro limiti e, in relazione a ciò, dei loro modi di relazionarsi tra loro e con il potere politico); il tutto, naturalmente, con ricadute inevitabili, in verità di tipo *biunivoco*, sul (o a partire dal) ruolo delle fonti che tali giudici "maneggiano" – può trarsi, allargando un po' la prospettiva²⁶, la conclusione, scontata ma talora dimenticata (forse non tanto per "eccesso di zelo", come a volte un po' equivocamente si afferma, quanto per non piena dimestichezza con alcuni principi di fondo e/o con una serie di "tecnicismi", se così si vuol dire), che il richiamo a diritti e principi fondamentali sanciti (e *tutelati*, ma... *nei modi previsti!* V. subito oltre) nell'ambito dell'ordinamento eurounitario, come pure del nostro ordinamento costituzionale e, ancora, del "sistema CEDU" (ordinamenti e sistemi sui cui tratti di integrazione o collegamento non ci si può ovviamente tornare a soffermare in questa sede) non può funzionare come un *passe-partout* buono per qualsiasi nobile finalità di giustizia, in senso lato; così come a maggior ragione (e ciò contribuisce *in parte* a giustificare la precedente affermazione, che tuttavia si giustifica anche *per altri motivi "sostanziali"*, largamente indipendenti da quanto si sta per dire) un *passe-partout* non possono essere – per ragioni che vanno oltre la ovvia "non esaustività" (e il *comunque limitato ruolo*) dei parametri sostanziali di riferimento, e che si ricollegano invece specificamente alla funzione propria e peculiare di ciascun meccanismo e rimedio giurisdizionale, ed alla serie di regole e principi che ne discendono in ordine ai giusti modi di utilizzo e, quindi, ai criteri di ricevibilità/ammissibilità – il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, l'incidente di legittimità costituzionale innanzi al giudice delle leggi o, ancora, il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo (e, in incerta prospettiva futura, la richiesta di parere consultivo ex protocollo 16).

6.2. *... e sul piano sostanziale, quale "spia" di tre mali sempre più radicati nei nostri tempi.*

Sul piano "sostanziale", poi, sembra possibile ed utile, a partire da tale vicenda per più versi esemplare (v. oltre), abbozzare qualche più ampia considerazione che travalica decisamente i confini della stessa.

Se è vero, come ha opportunamente osservato, in termini generali, Federico Sorrentino nella premessa ad un suo scritto contenente alcune importanti riflessioni (in parte) critiche – in riferimento al quadro costituzionale – sui contenuti e soprattutto sulle modalità di adozione degli interventi normativi adottati per fronteggiare la pandemia²⁷, che «l'ampia congerie di provvedimenti

principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza "costituzionale" europea (in collaborazione con O. POLLICINO), in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, I, 159-174; *Hands off the untouchable core: a constitutional appraisal of the Kadi case* (in collaborazione con G. MARTINICO e O. POLLICINO), in *European Journal of Law Reform*, 2009, 3, e *La Corte di giustizia, le misure antiterrorismo, i diritti fondamentali e la "Carta di Nizza": l'epilogo della vicenda Kadi*, in Europeanrights.eu Newsletter, 2014, e in Forum di Quaderni costituzionali, dal 7 febbraio 2014).

²⁶ ...anche in considerazione del fatto che, come si è più volte ricordato, è lo stesso giudice del rinvio alla Corte di Lussemburgo che pochi giorni dopo aver firmato l'ordinanza di rinvio a tale Corte ha sollevato e trasmesso, in parallelo, una questione di legittimità costituzionale tuttora in attesa di essere affrontata dalla nostra Corte.

²⁷ Modalità sulle quali perplessità più o meno forti sono state autorevolmente espresse da molti. Tra le analisi più severe v. (con la consueta acutezza, profondità, efficacia e ampiezza d'analisi) G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in unicost, 4 ottobre 2020; ma sul tema v. anche, quantomeno (e con accenti in parte diversi), M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del*

adottati, mostra, [...] al di là del loro merito e della loro (in alcuni casi, dubbia) tempestività, una complessiva tenuta del sistema ed una sicura capacità dei governanti di fronteggiare, non solo sul piano tecnico-sanitario, ma soprattutto su quello politico-sociale», l'emergenza sanitaria, potendosi quindi «intravedere nel comportamento complessivo degli organi di governo una sostanziale tenuta e una rassicurante presenza»²⁸, è anche vero che, in termini altrettanto generali, vi sono state e si possono (e devono) mettere in luce alcune gravi carenze di fondo nel modo di porsi ed operare²⁹ (anche) delle istituzioni: carenze ben evidenziate o comunque ben ricavabili, con un supplemento di analisi e riflessione, proprio dall'ordinanza del Giudice di pace di Lanciano e dalle vicende ivi richiamate.

Ordinanza e vicende che, in questo senso, possono essere considerate “sintomatiche” e, come si diceva, esemplificative di alcuni “mali” che, sempre più, affliggono la nostra società e anche, appunto, le nostre istituzioni (e in genere i nostri organi pubblici, oltre che ovviamente strutture e soggetti privati di varia natura e ruolo).

Volendo provare, se non a semplificare, almeno a sintetizzare il discorso dandogli un minimo d'ordine concettuale, sembra utile individuare e illustrare tali “mali” riconducendoli, in modo schematico, a tre principali categorie, non prive di collegamenti che si evidenzieranno o che potranno agevolmente cogliersi (e tutte, per un motivo o per l'altro ed anche in conseguenza di tali collegamenti, di interesse nella prospettiva costituzionale, come andrà emergendo un po' alla volta).

6.3. Il primo “male”: l'incapacità di vedere la realtà.

Il primo “male”, evidentemente molto diffuso anche tra persone che hanno raggiunto i gradi più alti degli studi e/o che apparentemente hanno una buona cultura generale, sembra essere la pressoché totale incapacità (per vari motivi: v. oltre), prima ancora che di *capire*, di *guardare* (potrebbe dirsi, di “guardare in faccia”), e quindi *vedere* (per poi eventualmente anche “decifrare” e appunto tentare di capire, nei casi in cui essa sia complessa, frammentata, parzialmente inconoscibile ecc.) *la realtà*, non negando o nascondendo(si) i problemi e in genere ciò che in essa non corrisponde alle nostre aspettative (attraverso la semplicissima ed efficacissima tecnica – nella quale, spesso senza rendercene conto, siamo stati tutti ben allenati, al punto che di essa non è facile liberarsi anche laddove si arrivi a percepire la necessità di farlo – di rivolgere sistematicamente la propria attenzione, i propri interessi e le proprie attività fisiche e psichiche in altre direzioni, avendo in questo solo l'imbarazzo della scelta, a volte per inciso solo apparente data la smaccata somiglianza e banalità dei “prodotti”, in quello che... citando una vecchia canzonetta non priva di spunti testuali e melodici di pregio... potrebbe definirsi il “supermercato di follia” dentro cui, chi più chi meno, siamo immersi in molte parti del mondo).

Si tratta di un atteggiamento in cui la nostra società (qualunque significato si voglia attribuire a questo termine) è, per motivi e interessi che chi vuole può ben intuire, e su cui comunque si accennerà qualcosa poco oltre, assolutamente specialista, come dimostra il modo in cui negli ultimi decenni sono stati nel complesso considerati ed affrontati (si fa per dire), in sé e nelle loro interconnessioni (e, spesso, nella loro “confluenza” su problemi della salute umana e della stessa

diritto alla prova dell'emergenza, in [Il diritto pubblico della pandemia](#), in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, II, Genova, 2020, 9 ss.; ID., [Avvisi ai naviganti del Mar pandemico](#), in [Questione Giustizia](#), 2/2020, 8 ottobre 2020; R. ROMBOLI, [L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano](#), in questa [Rivista](#), 2020/III, 513 ss.; P. COSTANZO, [Conte e Pinochet](#), in questa [Rivista](#), [Editoriali](#), 2020.03.23; A. RUGGERI, [Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta](#), in [Diritti Regionali](#), 1/2020, 21 marzo 2020; ID., [Scelte tragiche e Covid-19 \(intervista a cura di R.G. Conti\)](#), in [Giustizia Insieme](#), 24 marzo 2020; ID., [Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti](#), in questa [Rivista](#), 2020/I, 210 ss.; V. ONIDA, [Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza](#), Milano, 2020; M. BIGNAMI, [Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria](#), in [Questione Giustizia](#), 2/2020, e ID., [Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus](#), [ibidem](#), 7 aprile 2020.

²⁸ F. SORRENTINO, [A proposito dell'emergenza coronavirus](#), cit.

²⁹ ...o, ancora una volta, non operare.

conservazione della specie e dell'ecosistema, per non dire del pianeta, o comunque su aspetti centrali della nostra vita), fenomeni come (in ordine sparso e selezione non particolarmente meditata) l'inquinamento dell'aria, dei terreni e delle acque; il riscaldamento globale e i connessi cambiamenti climatici; i continuamente crescenti squilibri economici e sociali – chiaramente riconducibili a quella “spirale della diseguaglianza” di cui parlava Joseph Stiglitz – e in genere le dinamiche della produzione, della distribuzione e della concentrazione della ricchezza, del denaro e del potere; la criminalità organizzata; la disoccupazione; la denutrizione e la povertà, lontana e vicina; le dinamiche migratorie (e le loro cause); il traffico di armi; l'evasione fiscale; l'aumento dei tumori; la corruzione (in senso lato e in senso proprio); il fenomeno dell'antibiotico-resistenza; la sicurezza alimentare...³⁰

E, per inciso, è precisamente in questo generalizzato atteggiamento di sistematica negazione, sottovalutazione o accantonamento dei problemi – potrebbe dirsi di “*fuga dai problemi*”, per il motivo recondito e allo scopo ultimo, tutto sommato, di fuggire *dalle soluzioni* che la piena consapevolezza di tali problemi imporrebbe, così da poter invece quanto più a lungo procedere secondo gli schemi giuridici, economici, sociali, culturali e tecnologici (quelli, per intendersi, del liberismo-capitalismo-consumismo più spinto e sregolato) che tali problemi hanno prodotto e continuano a produrre (contribuendo però, al contempo, all'enorme e sempre maggiore arricchimento di un certo numero di persone e al traboccante soddisfacimento di più o meno futili e artificiosi “bisogni” di moltissime altre) – che sembra di poter almeno in parte scorgere, dal punto di vista della psicologia individuale e sociale, le radici dell'attuale “negazionismo” sul versante della pandemia, che in effetti si innesta su una già diffusissima e consolidata tendenza a ignorare – o addirittura a sostituire con “verità di comodo” o “post-verità”, cioè in sostanza falsità – scomode verità scientifiche o comunque oggettive (v. l'elenco dei gravi problemi prima richiamati e il modo in cui essi sono usualmente percepiti, o non percepiti, presso larghe parti della popolazione, e rappresentati, o non rappresentati, da larghe parti del cosiddetto mondo dell'informazione: laddove, come molto spesso avviene, sembra essere in fondo la rappresentazione, o mancata rappresentazione, proveniente “dall'alto” a influenzare la percezione, o mancata percezione, della “gente” e la cosiddetta “opinione pubblica” più di quanto queste siano in grado di influenzare “ex ante” quella, con l'aggravante che le attuali tecnologie hanno generato un fenomeno che potrebbe definirsi di “amplificazione orizzontale”, quanto mai pervasiva, di quegli stessi “messaggi” – in senso lato quando non in uno dei ristretti sensi tecnici legati all'uso di computer, telefonini e relative “applicazioni” – provenienti, come si diceva, dall'alto³¹).

Per parte sua (e ciò va a confermare e completare quanto si andava dicendo), lo stesso mondo dei *media* – e l'osservazione riguarda sia quelli tradizionali sia anche, e per certi versi ancor più, quelli più recenti, e deve purtroppo estendersi a larga parte dei giornalisti professionisti, ad iniziare da alcuni tra quelli maggiormente “in vista” da decenni – risulta, più che asservito, radicalmente intriso di quelle logiche cui si faceva riferimento e che esso, come ben noto, va continuamente ad alimentare (insieme ai problemi che ne discendono), anziché, come per ragioni deontologiche sarebbe doveroso almeno per i giornalisti (e come, più in generale, ci si potrebbe aspettare da ogni buon cittadino che ritenga di dare un qualche contributo al dibattito e alla vita pubblica, in qualsiasi forma), cercare di contrastare.

Calando questa prima considerazione generale nel contesto della vicenda da cui abbiamo preso le mosse, essa sembra trovare riscontro (in modo più o meno immediato) in una serie di circostanze

³⁰ Per una recente ricostruzione e riflessione critica su diversi tra i gravi problemi qui richiamati cfr. P. COSTANZO, A. FERRARA, *Ambiente e Salute. Diritti feriti*, Roma, SEU, 2020

³¹ Non di rado da soggetti guidati da interessi politici, o legati alla politica, e sempre più spesso dagli stessi *leader* politici per evidenti, seppur più o meno abilmente mascherati, fini “pubblicitari” (di grossolana quanto subdola “pubblicità” – significativamente ispirata, in certi casi, a logiche affini a quelle delle più sofisticate e spregiudicate strategie commerciali – dovendosi ormai parlare con poche eccezioni nell'attuale contesto, appartenendo a un'epoca superata o forse a un immaginario fantastico più che nostalgico l'autentica e sana “propaganda politica”, fatta di discussioni approfondite, argomenti razionali, toni più o meno accesi ma sempre rispettosi e consoni, e, soprattutto, nobili finalità di interesse generale).

richiamate nell'ordinanza di rinvio, e segnatamente (tralasciando gli stessi fatti all'origine della controversia principale³²):

- nel punto 12, dove, come si è già ricordato, si segnala il mancato adeguamento delle retribuzioni – già in partenza modeste o comunque lontanissime da quelle dei magistrati di carriera – dei giudici di pace, a distanza di 29 anni dalla loro fissazione³³ e nonostante il ben noto andamento dell'inflazione³⁴ specialmente nel periodo immediatamente successivo al passaggio dalla lira all'euro³⁵;

- nel punto 23, ove si evidenzia – invero senza precisare, almeno in questa parte dell'ordinanza, le cause della situazione descritta (anche qui imputabili, tuttavia, al solito atteggiamento di *inerzia intellettuale e operativa* nelle sedi competenti, secondo quanto emergerà, in modo più argomentato, da altri passaggi) – la circostanza che «il Presidente del Tribunale di Lanciano, al pari di *tutti* i Presidenti di Tribunale in tutta Italia, *non è stato messo in condizioni* di poter adottare *nessuna* delle *misure organizzative*» previste dall'art. 83, comma 7, lettere d), e), f) e h) del d.l. n. 18/2020 e necessarie per poter, nel periodo compreso tra il 16 aprile e il 30 giugno (cioè a seguito del periodo di pressoché assoluta sospensione dell'attività giudiziaria con rinvio d'ufficio delle udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari), al contempo «contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria», attraverso l'introduzione di differenti modalità di svolgimento (a distanza) della medesima e/o attraverso accorgimenti idonei, nel caso di svolgimento “in presenza”, ad evitare assembramenti, garantire il distanziamento ecc., da tale forzata mancata adozione delle previste misure organizzative ad opera dei Presidenti di Tribunale essendo poi derivata la necessità – teoricamente evitabile, e che anzi avrebbe dovuto, dal punto di vista normativo³⁶, essere evitata – di disporre ulteriori rinvii delle udienze, con conseguenze anche gravi in molti casi;

³² Fatti che peraltro erano asseritamente riconducibili proprio a quell'atteggiamento di disattenzione ed incuria, e conseguentemente mancata assunzione di responsabilità ed iniziativa (è questo il secondo “male” su cui ci si soffermerà poco più avanti), di cui si andava qui dicendo, nel caso di specie da parte di tutti coloro che avrebbero dovuto vigilare sulla condizione del tratto di strada “incriminato” e/o provvedere alla relativa manutenzione, così da evitare la formazione di buche pericolose – dalla cui presenza sarebbe stato determinato l'incidente alla base della richiesta di risarcimento di danni oggetto della causa – o porvi rimedio con estrema tempestività nel caso, teoricamente molto raro, in cui l'ordinaria manutenzione, regolarmente e correttamente effettuata, non si fosse rivelata sufficiente.

³³ Per la verità, una serie di interventi normativi in materia vi sono stati (si vedano, al riguardo, i numerosi aggiornamenti apportati, a più riprese, all'art. 11 della legge 21 novembre 1991, n. 374), ma si è trattato, come può notarsi da un rapido loro esame (piuttosto agevole tramite il sito “Normattiva”), di interventi tutt'altro che risolutivi...

³⁴ Si noti che il comma 4 del citato art. 11 della legge n. 374/1991 prevedeva (e prevede) che l'ammontare delle previste indennità «può essere» («è», nella versione attuale) «rideterminato ogni tre anni, con decreto emanato dal Ministro di grazia e giustizia di concerto con il Ministro del tesoro [nonché del bilancio e della programmazione economica, nel testo ritoccato], in relazione alla variazione, accertata dall'ISTAT, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati verificatasi nel triennio precedente».

L'intero articolo, ad ogni modo, è destinato (...in linea di principio, salvi cioè ripensamenti o rinvii dell'ultimo momento) ad essere abrogato tra pochi mesi per effetto della c.d. riforma Orlando (cfr. l'art. 33, comma 2, del D.Lgs. 13 luglio 2017, n. 116, che ne ha appunto disposto l'abrogazione a decorrere dalla scadenza del quarto anno successivo alla data di entrata in vigore del decreto).

³⁵ ...per motivi ancora una volta riconducibili a quello stesso atteggiamento di disattenzione verso la *realtà*, quando non di *negazione* di essa, con conseguente inerzia davanti ai problemi, su cui si vuol qui (...giustappunto) richiamare l'attenzione, stigmatizzandolo con tutta la veemenza critica (e autocritica) che specialmente nel mondo contemporaneo (interconnesso, globalizzato, sempre più popolato, sempre più inquinato...) tale atteggiamento impone, per le drammatiche conseguenze che, oggi molto più di ieri, esso ha avuto e in ogni istante ha (... perfino, per intendersi, nel momento in cui per scrivere o per leggere queste parole si sta consumando carta – con una serie di conseguenze ambientali aggiuntive – o comunque *energia elettrica, prodotta verosimilmente in modi inadeguati*, in tutti i casi quindi consumando risorse e producendo anidride carbonica e altri inquinanti atmosferici o idrici, danneggiando lo strato di ozono, ecc.; laddove il corsivo vuole almeno di volata alludere ad alcune delle possibili “vie d'uscita”, ovvero ad alcune soluzioni – almeno parziali, certo non indolori, ma esistenti, doverose e insieme ad altre presumibilmente sufficienti – dei sempre più gravi problemi in cui siamo, e soprattutto... ci siamo, immersi).

³⁶ ...“punto di vista” che – è appena il caso di dirlo – dovrebbe essere in linea di principio l'unico rilevante (salva l'ipotesi di norme illegittime).

- nel punto 26, ove si fa riferimento al comunicato del 28 aprile 2020 della Giunta esecutiva centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati che ha censurato le “mancanze organizzative” del Ministero della Giustizia in riferimento alla “fase 2” dell'emergenza (e precisamente per il periodo dal 12 maggio al 30 giugno), sotto vari profili e con riguardo non solo alla giustizia di pace: mancanze che, senza poter entrare nel dettaglio, testimoniano ancora una volta quanto sia diffusa anche nelle istituzioni, e quanto sia dannosa, quella... incapacità di fare i conti con la realtà³⁷ su cui si è voluto porre l'accento;

- nei punti 29 e 30, cui si ricollegano anche i punti 36 e 37 e 71, da cui si evince che «[l]’introduzione del processo virtuale o da remoto attraverso la piattaforma informatica di Microsoft Teams [...] è una modalità di impossibile applicazione negli Uffici giudiziari, per la mancata informatizzazione sia del processo civile che del processo penale» (nonostante lo stanziamento di risorse a ciò finalizzate), e, più specificamente, «per la introduzione con il d.l. n. 18/70 solo sul piano formale delle modalità dello *smart working*, che *non possono essere praticate da casa dal personale di cancelleria, che non ha l'accesso all'intranet del Ministero della giustizia*» (circostanza, questa, che viene comprensibilmente rimarcata numerose volte, in ragione degli “effetti paralizzanti” discendenti in larga parte proprio da tale *impasse* di natura tecnica, in combinazione con alcuni provvedimenti normativi e amministrativi definiti “aberranti” dal giudice del rinvio); e, ancora, che «i computers [*sic*] in dotazione a tutti gli uffici giudiziari italiani *non sono attrezzati per la modalità di processo da remoto* attraverso la piattaforma informatica di Microsoft Teams, perché *non sono dotati né di videocamere né di microfoni* per operare in udienza virtuale»...

- nel punto 45, nella parte in cui segnala che «il servizio sanitario delle Regioni competent[e] per l'autorizzazione ad effettuare l'autorità giudiziaria con le misure di protezione *non risulta essere stato attivato* su tutto il territorio nazionale», ancora una volta in conseguenza, può ritenersi, più che della ovvia limitatezza di risorse, persone e... tempi³⁸, del medesimo atteggiamento di rimozione/accantonamento dei problemi, e delle connesse responsabilità e incombenze, di cui sopra;

- nei punti 48 e 49, in cui si richiamano due ulteriori comunicati della Giunta esecutiva centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati, uno del 2 maggio e l'altro dell'8 maggio 2020, che hanno, nel primo caso, «nuovamente, duramente censurato il comportamento del legislatore d'urgenza e del Ministero della giustizia per aver paralizzato la giustizia civile e penale per sei mesi», e, nel secondo (sotto il titolo “Accesso ai registri, test sierologici, wi-fi, igienizzazioni: le misure per la Fase 2”), «fotografato in termini disastrosi la situazione di *confusione organizzativa* della giustizia civile e penale in Italia per quanto riguarda il *mancato rispetto delle condizioni igienico-sanitarie*»;

- nel punto 60, che, integrando quanto osservato in altri punti (tra i citati punti 29, 30, 36, 37), indica – facendo diretto riferimento a quanto esplicitamente dichiarato nella premessa del precedentemente citato decreto del Presidente del Tribunale di Lanciano del 12 maggio 2020 – le ragioni (o, se si preferisce, ulteriori ragioni) per cui i Giudici di pace non potevano e avrebbero continuato a non poter effettuare le udienze con modalità da remoto nel contraddittorio delle parti,

³⁷ ...in conseguenza, anzitutto, di una sorta di *sistematica cecità o sordità verso tutto ciò che, essendo problematico, richiederebbe soluzioni* e quindi assunzioni di responsabilità, decisioni, spirito di iniziativa, talora sacrifici, in certi casi coraggio e fantasia, ma di norma – “semplicemente” – *linearità di pensiero e coerenza* nel ragionamento e nell'azione, anche laddove ciò spinga in direzioni diverse rispetto a quelle, più rassicuranti e “comode”, verso le quali istintivamente si tenderebbe.

³⁸ Aspetti certamente rilevanti ma che, *volendo*, avrebbero con tutta probabilità potuto essere superati, come sembra potersi evincere da quei passaggi dell'ordinanza di rinvio che si soffermano sulle enormi cifre stanziare per far fronte all'emergenza e sulle procedure straordinarie a tal fine previste: cfr. soprattutto i punti 76, 77 e 78 e, in modo particolarmente arguto, diretto ed efficace (salvo che vi fosse, come non si è avuto modo di appurare, qualche sconosciuta ragione ostativa tale da minare la perfetta linearità – in disparte qualche illazione e qualche eccesso polemico – del ragionamento), i punti 79 e 80 (su cui si tornerà nella nota successiva e in cui anzi si fa riferimento alla sola dotazione iniziale di 450 milioni di euro e non alla somma, di molto superiore, risultante dai successivi stanziamenti a favore del fondo speciale gestito – invero secondo criteri e con modalità ed esiti su cui forse varrebbe la pena porre l'attenzione e riflettere maggiormente – dal commissario straordinario per l'emergenza).

ex art. 83, comma 7, lett. f) del d.l. n. 18/2020, e nemmeno con le modalità di trattazione scritta ex art. 83, comma 7, lett. h) del medesimo decreto, tali ragioni consistendo nel mero fatto «che l'Ufficio del Giudice di Pace *non ha in funzione lo strumento della consolle telematica, che consente ai difensori di consultare i fascicoli civili tramite computer*»...

- nei punti 61 e nei punti 53 e 54 (per così dire in combinato disposto), nel primo lamentandosi che la stessa possibilità di svolgere udienze pubbliche, teoricamente prevista anche per i Giudici di pace per quelle poche attività di loro competenza rientranti tra quelle definite urgenti dal legislatore nell'art. 83, comma 3, del d.l. 18/2020, è risultata di fatto preclusa in quanto la relativa «modalità di svolgimento è *resa impossibile dalla mancanza delle condizioni igienico-sanitarie di contenimento dell'emergenza Covid-19*», e nei secondi rendendosi chiaro ciò che si poteva intuire, e cioè che tale mancanza, e quindi tale impossibilità, non è dipesa da insuperabili vincoli logistici e strutturali, bensì, ancora una volta, dall'inerzia di chi avrebbe potuto e dovuto *prendere contezza dei problemi e farsene carico*, intervenendo nei modi opportuni (...cioè provvedendo all'adozione delle relativamente semplici³⁹ misure e disposizioni organizzative del caso: v. appunto quanto pur sommariamente indicato nei punti 53 e 54): inerzia a sua volta ricollegabile (anche) al consueto atteggiamento di “chiusura” rinunciataria e/o attendista che si vuol qui mettere in luce in alcune delle sue infinite ricadute;

- nei punti 66 e 67, nei quali grossomodo il medesimo atteggiamento è posto indirettamente in evidenza con riguardo al problema dell'(in)utilizzo di importanti risorse (quasi 16 milioni di euro, tra l'altro da fondi europei) – di cui si afferma non esservi «traccia evidente nell'organizzazione degli Uffici del Giudice di pace di Lanciano né negli Uffici dei Giudici di pace nel resto del territorio nazionale» – e teoricamente destinate, secondo le indicazioni fornite dal Ministero della giustizia in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario a gennaio 2020, a «dare maggiore efficienza al sistema della giustizia italiano, integrando i sistemi e le funzionalità per aumentare la produttività, l'efficienza e l'efficacia»... ecc.;

- nel punto 96, in cui nuovamente – e anche a seguito di un impietoso confronto, svolto nel punto precedente, con la ben più tempestiva reazione della Corte di giustizia che (al pari della nostra Corte costituzionale, secondo quanto si avrà modo di ricordare più avanti) ha saputo «garantire la continuità del servizio pubblico [...] della giustizia anche attraverso la previsione del lavoro a distanza generalizzato» – si censura il fatto che il Governo italiano, pur dopo aver «dichiarato l'emergenza sanitaria con delibera del 31 gennaio 2020 del Consiglio dei ministri, a distanza di oltre tre mesi non ha adeguato le strutture giudiziarie neanche al processo con le modalità da remoto, anche per la mancata utilizzazione dei fondi europei per l'informatizzazione del processo civile dei Giudici di pace»;

- nel punto 107, in cui si ricorda uno dei numerosi episodi di “cecità” o almeno “miopia” (...altri parlerebbero forse non a torto di “cantonate”, in buona o cattiva fede) dell'Organizzazione mondiale della sanità, la quale, in un documento del 5 gennaio richiamato in una comunicazione di pari data trasmessa a Regioni e Ministeri dalla Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, ha “*raccomanda[to] di evitare qualsiasi restrizione ai viaggi e al commercio con la Cina*” (con presa di posizione che in effetti denota – non tanto sulla base del “senno di poi”, quanto sulla base di un minimo di “atemporale” buon senso – una forma, ancor più che inconsapevolezza,

³⁹ Tanto più alla luce delle circostanze richiamate nei punti 76 e seguenti – e specialmente, come si accennava, nel punto 80 – dell'ordinanza di rinvio, ove pungentemente si afferma che «[s]e l'intenzione reale fosse stata quella di riaprire l'attività giudiziaria ordinaria già dal 12 maggio 2020 *sarebbe stato sufficiente [...] mettersi d'accordo direttamente con il commissario straordinario Arcuri per farsi assegnare le somme necessarie a tal fine*, essendo tali somme (poche decine di milioni di euro, secondo quanto può ricavarsi dai punti 72, 79 e 80, in cui si fa riferimento alla somma di 31.727.516 appositamente stanziata dal Governo *in data 13 maggio 2020*, tramite l'art. 212 del c.d. “decreto rilancio”) decisamente modeste in relazione all'ingente (450 milioni di euro *dal 7 aprile 2020*; un miliardo e trecentocinquanta milioni di euro *dal 20 aprile 2020*; due miliardi e trecentocinquanta milioni di euro *dal 13 maggio 2020*: v. punti 77 e 78) «dotazione del Fondo speciale monocratico e senza controllo contabile» (ancora punto 78) prontamente utilizzabile dal commissario «in deroga a tutte le disposizioni di legge europee e nazionali in materia di appalti e rendicontazione dei fondi pubblici e al di fuori del controllo successivo contabile ed amministrativo della Corte dei conti» (punto 76)...

di incoscienza e irresponsabilità, risultando del tutto incomprensibile come, in presenza di chiari segnali di allarme, un'organizzazione denominata “della sanità”... e non “del turismo” o del commercio”... potesse, testualmente, “raccomandare” di “evitare” “qualsiasi restrizione” cautelare...)⁴⁰;

- nel punto 109, da cui si evince che già (si fa per dire) in data 22 gennaio 2020 – dunque oltre un mese dopo l'emersione dell'epidemia, 23 giorni dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle autorità cinesi, dell'esistenza di un virus fino a quel momento sconosciuto e dei suoi principali effetti, ma un mese prima del momento in cui, solo grazie al rigore etico e professionale e allo spirito di iniziativa di una dottoressa le cui dichiarazioni pubbliche dovrebbero indurre quantomeno a serie riflessioni⁴¹, si iniziò, per così dire, a “fare i conti con la realtà”– erano state diramate dal

⁴⁰ Come può notarsi da un confronto con la versione in lingua originale pubblicata sul [sito dell'OMS](#), la traduzione, sulla cui fedeltà si era dubitato (sospettandosi che il curioso “raccomanda di evitare” fosse in realtà un – logicamente se non “politicamente” ben diverso – “non raccomanda di adottare”), è del tutto corretta, leggendosi nel testo inglese non solo che l'Organizzazione «does not recommend any specific measures for travellers», ritenendo sufficiente prevedere che, «[i]n case of symptoms suggestive of respiratory illness either during or after travel, travellers are encouraged to seek medical attention and share travel history with their healthcare provider», ma anche, per l'appunto, che essa – per motivi che chi scrive non riesce in alcun modo a ricollegare alle finalità e alle competenze dell'OMS, e che sono quindi verosimilmente da ricollegarsi a considerazioni ed interessi a queste estranei, e di tutt'altro ordine – «advises against the application of any travel or trade restrictions on China based on the current information available on this event».

Ed è forse non del tutto inutile, al riguardo, richiamare la duplice circostanza, ricordata ai punti 111, 112 e 113 dell'ordinanza di rinvio, che il giorno stesso in cui l'Italia ha disposto (avendolo però preannunciato il giorno prima) il divieto di tutti i voli internazionali da e per la Cina, cioè il 30 settembre 2020, il direttore dell'OMS, nel dichiarare lo stato di emergenza internazionale sulla base dell'ultimo *report* che aveva evidenziato migliaia di casi distribuiti su 18 Paesi, «[p]urtroppo, diversamente da quanto era accaduto in passato con l'emergenza Sars a marzo 2003», ancora una volta «non ha consigliato di bloccare i voli internazionali con la Cina, sconfessando di fatto l'operato del Ministro della salute italiano», parzialmente seguito il giorno stesso dagli Stati Uniti, sicché «gli ambasciatori cinesi in Italia e negli Stati Uniti hanno risposto con irritazione al blocco dei voli internazionali con la Cina, sottolineando [appunto] come neppure l'Organizzazione mondiale della sanità considerasse la sospensione una misura utile a contenere la pandemia»... (...appena il caso di aggiungere, peraltro, come gli interessi che si contrapponevano così fortemente alla sospensione dei voli non fossero solo quelli a cuore degli ambasciatori cinesi, ma anche molti altri, tra cui ad esempio – può fondatamente ritenersi – quegli stessi che, qualche settimana dopo, in Italia si sarebbero opposti alla tempestiva adozione di misure restrittive nelle aree produttive del bresciano e del bergamasco, secondo quanto, in alcuni casi addirittura rivendicando pubblicamente e con orgoglio la cosa, fecero anche, a vari livelli, esponenti di vertice di Confindustria e Assolombarda, salvo poi ammettere – almeno in alcuni casi, con maggior o minor leggerezza e ovviamente senza conseguenza alcuna – i propri sciagurati e oggettivamente funesti errori...).

⁴¹ In un'intervista pubblicata su [la Repubblica](#) del 5 marzo 2020 la dottoressa Malara – il cui approccio mentale e la cui condotta sembrano, per inciso, un'ottima rappresentazione, speculari agli esempi negativi elencati in queste pagine, di come ci si dovrebbe atteggiare e comportare di fronte alla realtà – affermò infatti quanto segue (le ragioni per cui si evidenziano alcuni passaggi in corsivo emergeranno *in itinere*).

«Quando un malato *non risponde alle cure normali, all'università* mi hanno insegnato a *non ignorare* l'ipotesi peggiore. Mattia si è presentato con una polmonite leggera, ma *resistente ad ogni terapia nota*. Ho pensato che anch'io, per aiutarlo, dovevo *cercare qualcosa di impossibile*».

La risposta alla domanda se il tampone fosse stato immediato fu la seguente: «*Ho dovuto chiedere l'autorizzazione all'azienda sanitaria. I protocolli italiani non lo giustificavano*. Mi è stato detto che se lo ritenevo necessario e *me ne assumevo la responsabilità* [sic; sulla questione dell'assunzione, o mancata assunzione, di responsabilità, soprattutto nell'ambito della pubblica amministrazione, si tornerà per alcune considerazioni generali più avanti; quali “responsabilità” poi, per una scelta del genere, l'azienda sanitaria abbia voluto nello specifico evocare e “scaricare” sulla dottoressa Malara non si riesce invece a comprendere... se non al limite immaginando una surreale e grottesca ipotesi di responsabilità contabile per lo spreco di risorse nel caso in cui il tampone avesse avuto esito “negativo”...], potevo farlo».

E alla più incalzante domanda «Vuole dire che il paziente 1 è stato scoperto perché lei ha forzato le regole?» l'intervistata rispondeva (con linguaggio chiaramente non tecnico-giuridico laddove i termini “prassi” e “regole” venivano usati in modo indifferenziato; ma il messaggio è chiarissimo...): «Dico che verso le 12.30 del 20 febbraio i miei colleghi ed io abbiamo scelto di fare *qualcosa che la prassi non prevedeva*. *L'obbedienza alle regole mediche è tra le cause che ha permesso a questo virus di girare indisturbato per settimane*», aggiungendo poi altri dettagli significativi (specie alla luce di altre parti della circolare del 22 gennaio), e cioè che il tampone «è partito per l'ospedale Sacco di Milano prima delle 13 di giovedì. La telefonata che confermava il Covid-19 mi è arrivata poco dopo le 20.30. *Nel frattempo, io e i tre infermieri del reparto abbiamo indossato le protezioni suggerite per il coronavirus*. Questo *eccesso di prudenza* ci ha salvato».

Ministero della Salute delle linee guida nelle quali si disponeva di sottoporre a tampone per Covid-19⁴² ogni «persona che manifesta un *decorso clinico insolito o inaspettato*, soprattutto un *deterioramento improvviso nonostante un trattamento adeguato*» (e ciò, vale la pena aggiungere, «*senza tener conto del luogo di residenza o storia di viaggio*», e «*anche se è stata identificata un'altra eziologia che spiega pienamente la situazione clinica*»)⁴³, gettandosi così – ci permettiamo ancora di aggiungere, il punto essendo assolutamente cruciale – un'ombra assai sinistra (e forse meritevole di maggiori approfondimenti in varie sedi) non solo e non tanto sulle condotte (principalmente omissive) di tutti coloro che, secondo i rispettivi ruoli⁴⁴, avrebbero dovuto far sì che

In un articolo del 6 dicembre 2020 pubblicato sul *Il Giorno*, poi, si rinviene un'autorevole e significativa conferma dell'avvenuta forzatura dei protocolli in vigore in data 20 febbraio 2020: forzatura che, come si diceva, impone di porsi delle inquietanti domande (alle quali almeno una prima risposta sarà data poco oltre) sul perché essa fosse necessaria a distanza di un mese dall'adozione delle linee guida ministeriali citate nel testo e risalenti al 22 gennaio 2020, nelle quali – disponendosi, per la precisione, che tra i casi sospetti da segnalare tempestivamente si dovesse ritenere inclusa ogni «persona che manifesta un *decorso clinico insolito o inaspettato*, soprattutto un deterioramento improvviso nonostante un trattamento adeguato, *senza tener conto del luogo di residenza o storia di viaggio*, anche se è stata identificata un'altra eziologia che spiega pienamente la situazione clinica» – si prevedeva appunto, in sostanza, che fosse fatto ordinariamente ciò che invece la dott.ssa Malara fece per la prima volta un mese dopo “straordinariamente”, mediante quella che fu definita una “idea folle” o una “pazzia clinica”, basata, secondo le sue stesse parole, solo su ciò che le era stato “insegnato all'università”... e non, come ci si sarebbe potuti aspettare, sulla *pedissequa applicazione di quelle linee guida ministeriali tempestivamente e correttamente tradotte in protocolli e prassi operative su tutto il territorio* (da tale precisazione emergendo una sconcertante frattura, per così dire, tra il dover essere e l'essere della professione medica e, soprattutto, dell'attuale funzionamento del nostro “decadente” sistema sanitario, per ragioni e responsabilità che peraltro, nel caso specifico, sembrano risiedere in misura preponderante ai gradi più alti del sistema, per il motivo che si dirà a breve nel testo e si anticiperà già al termine di questa nota).

Risulta infatti che il Presidente della Giunta regionale della Lombardia Attilio Fontana (...giunta sul cui ruolo nella definizione dei protocolli sanitari, anche nel periodo successivo al 20 febbraio, vi sarebbero peraltro diversi interrogativi da porsi ed approfondimenti da effettuare, sui quali però si dovrà qui sorvolare), «ricordando il premio di “personaggio dell'anno” attribuito [alla dottoressa Malara il giorno precedente] da una giuria di opinion leader e annunciato da “Sky tg24 live in”, live, da Courmayeur, [abbia] aggiunto: “E' stato un anno duro e difficile per tutti, ma con tanti gesti di eroismo e altruismo da non dimenticare. A lei rinnovo le mie più vive congratulazioni per quello che fece quella sera in ospedale. *Andando contro rigidi protocolli*, Malara ha trovato il primo paziente a Codogno e lanciato l'allarme in Italia e in Europa. Grazie!”».

L'apparente (anzi, reale) contraddizione si spiega, come si andrà a chiarire meglio, in riferimento al fatto che pochi giorni dopo la circolare del 22 gennaio contenente le indicazioni qui citate ne fu diffusa un'altra – la n. 2302 del 27 gennaio – dai contenuti, sul cruciale punto in questione, ben diversi...

⁴² Raccomandandosi, più precisamente, la «raccolta di campioni clinici di secrezioni respiratorie dal paziente per effettuare i test diagnostici» – dei quali si incaricavano «[i] laboratori dei principali ospedali e/o individuati dalle Regioni» – e «inoltre l'invio di campioni clinici, per la conferma di diagnosi e segnalazione all'OMS, al Laboratorio Nazionale di Riferimento dell'ISS» (il tutto fornendo anche dettagliate indicazioni circa le modalità di raccolta e di invio dei campioni medesimi, precisazioni circa il fatto «che il risultato negativo di un test condotto su un singolo campione, soprattutto se prelevato dalle alte vie respiratorie, non esclude l'infezione», sicché «si raccomanda un campionamento ripetuto nel paziente e l'inclusione di campioni dalle basse vie respiratorie nei casi di infezione grave e progressiva», ecc.).

⁴³ Qui è possibile accedere all'intero documento contenente le citate indicazioni. Ivi di un certo interesse sembra, tra le tante, anche la segnalazione della circostanza che «[a]ttualmente [cioè ancora in data 22 gennaio 2020, ossia in un momento in cui in realtà, con tutta probabilità se non forse con certezza, secondo quanto *in seguito* si è avuto modo di appurare, il virus addirittura *stava già ampiamente circolando, in assenza di ogni adeguato controllo*, anche nei Paesi europei...] il Centro Europeo per la Prevenzione e il Controllo delle Malattie (ECDC) stima[va] che il *rischio* di introduzione dell'infezione in Europa, attraverso casi importati, sia *moderato*»...

Circostanza, questa, che – insieme soprattutto a un'altra, relativa alla medesima “agenzia indipendente”, che si riporterà più avanti – sembra confermare non solo sul piano *politico* ma anche sul piano (...*almeno in teoria*) squisitamente *tecnico* quanto osservato da A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., e cioè che «l'Unione europea ha denunciato, anche nella circostanza odierna, *vistose*, complessive *carenze* ed un *ingiustificato ritardo nell'adozione delle misure richieste dall'emergenza*. Il vero è che, fintantoché quest'ultima non si è manifestata in tutta la sua cruda evidenza, per un verso, gli Stati non sono stati sollecitati nel far fronte alla crisi, procedendo piuttosto a velocità differenziate, e, per un altro verso, la stessa Unione non ha dato sicura prova di essere ciò che il suo nome evoca».

⁴⁴ Si noti che tra i destinatari diretti della circolare n. 1997 della Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute contenente le citate indicazioni vi erano *gli assessorati alla sanità* di tutte le Regioni (e Provincie autonome) e le *Associazioni professionali sanitarie*, oltre a vari Ministeri (esteri e cooperazione internazionale, difesa,

tale disposizione ministeriale venisse conosciuta⁴⁵ e fin da subito applicata, ma anche e soprattutto⁴⁶ sulla condotta “attiva” (ma da un altro punto di vista e in un diverso senso anche “passiva”: v. subito oltre), concretizzatasi nella di poco successiva circolare n. 2302 del 27 gennaio 2020, di chi invece – assecondando un greve (e a nostro avviso quanto mai grave) atteggiamento che, “definizioni alla mano”⁴⁷, sembra platealmente tradire addirittura un consapevole e per così dire “doloso” intento di *nascondere* più a lungo possibile la realtà, ancor più che un’inconsapevole (e pur sempre “colposa” specie in questi contesti) tendenza a *ignorarla* – ritenne opportuno “aggiornare” e *restringere fortemente e rigidamente la nozione di “caso sospetto”* «secondo» (stando a quanto fumosamente affermato nelle prime righe di tale più recente circolare) «le indicazioni [non è dato capire quanto stringenti e “vincolanti”, appunto perché manca ogni riferimento sul punto] degli organismi internazionali»⁴⁸ ...

infrastrutture e trasporti) e, per conoscenza, varie strutture tra cui l’Istituto Superiore di Sanità e l’ospedale Luigi Sacco di Milano (il medesimo, per inciso, presso cui lavora, con ruoli direttivi, un’altra ormai nota dottoressa che in data 23 febbraio 2020 scriveva pubblicamente – con le tragiche conseguenze che potevano presagirsi ed effettivamente si ebbero, a causa dell’autorevolezza della fonte e dell’esagerato rilievo attribuito dai media a tali dichiarazioni, unite a quelle di poco successive, non meno avventate e irresponsabili, di altri influenti personaggi soprattutto del mondo della politica e dell’economia – di ritenere “una follia” il fatto che il suo laboratorio avesse sfornato esami tutta la notte e che in continuazione arrivassero tamponi, lamentando in particolare che si fosse «scambiata un’infezione appena più seria di un’influenza per una pandemia letale», e in data 7 luglio 2020 affermava che non poteva dirsi se ci sarebbe stata o meno una seconda ondata, ma in ogni caso “non sarà mai più come marzo e aprile”; si sorvola, pur essendovi anche tra alcune di esse motivi di interesse ai fini del nostro discorso, su altre *gaffe* e su altre dichiarazioni e condotte inappropriate di altri assai comunicativi professionisti della sanità e della stessa dottoressa, tra cui, stando a quanto risulta dalle principali testate giornalistiche, prese di posizione pubbliche contro l’uso diffuso delle mascherine o, più di recente, contro l’attuale campagna di vaccinazione.

⁴⁵ Cosa che avrebbe avuto una sua almeno indiretta utilità (lasciando, per così dire, una provvidenzialmente fastidiosa pulce nell’orecchio dei medici e degli altri operatori sanitari che si fossero poi trovati al cospetto di una situazione corrispondente a quella descritta nel passaggio in questione) anche dopo che, per il motivo che si dirà subito oltre, la citata previsione venne sciaguratamente accantonata e anzi contraddetta da esplicite e rigide indicazioni in senso opposto...

⁴⁶ Si deve (con piacere e riconoscenza) precisare che l’esatta (...si spera) messa a fuoco dell’intera, cruciale vicenda affrontata in riferimento (o, se si preferisce, a partire da) al punto 109 dell’ordinanza di rinvio, la sua complessiva ricostruzione in questi termini e le connesse valutazioni da parte di chi scrive sono state possibili grazie a un preziosissimo confronto con la dott.sa Annalisa Malara e, segnatamente, ad alcune circostanze oggettive che, nell’ambito di tale confronto, sono emerse. Alla dottoressa Malara vanno dunque i miei ringraziamenti per la collaborazione (...oltre che per quanto fatto a suo tempo!), mentre ovviamente, come accennato, ogni responsabilità circa la ricostruzione dei fatti e, a maggior ragione, ogni valutazione e riflessione intorno ad essi rimane pienamente ed esclusivamente imputabile allo scrivente.

⁴⁷ Si rinvia, sul punto, al confronto diretto – non poco sconcertante per chiunque non sappia rinunciare a un minimo di razionalità ed equilibrio (esigenze sulle quali si tornerà in uno dei successivi paragrafi) – tra le definizioni di “caso per la segnalazione” nella circolare del 22 gennaio e in quella del 27 gennaio.

Appena il caso di aggiungere che tra i motivi che possono aver indotto le modifiche in questione non sembra potersi includere il pragmatico riscontro o la realistica previsione di un *ingestibile sovraccarico di lavoro diagnostico* mediante analisi di laboratorio dei tamponi in conseguenza della prima definizione, e ciò per la triplice ragione che di tale sovraccarico di lavoro non vi è alcuna traccia concreta, né vago indizio, nei giorni intercorsi tra le due circolari; che esso, qualora rappresentasse una mera preoccupazione ipotetica, avrebbe dovuto semmai (o comunque) imporre un conseguente, immediato impegno straordinario volto a potenziare *da subito e quanto più possibile* la capacità di effettuare tamponi ed analisi, cosa di cui pure – come ben noto – non vi è traccia; e che in ogni caso tale inconveniente pratico (se riscontrato, come non è accaduto, o a maggior ragione se solamente ipotizzato e temuto) non avrebbe giustificato una *così irragionevole* modifica della definizione di caso quale quella del tutto improvvidamente effettuata nel passaggio dalla prima alla seconda circolare, potendo all’occorrenza semmai portare a soluzioni, come si diceva, più razionali ed equilibrate, tali da *non escludere a priori* (come invece si è fatto: e davvero non si capisce, né si può logicamente capire, su quali basi *scientifiche*; dovendocisi quindi tornare a chiedere per quali *altre* ragioni, diverse anche da quelle prima indicate, si sia agito in tal modo) *qualsiasi possibilità di presenza del virus in soggetti che non rientrassero nelle categorie restrittivamente e rigidamente individuate* nella circolare n. 2302 del 27 gennaio.

⁴⁸ E, a questo proposito, un elemento almeno a prima vista molto utile per capire a *quali* indicazioni di *quali* organismi internazionali si facesse effettivamente riferimento lo si è rinvenuto quasi per caso da parte di chi scrive (del tutto ignorante in materia e pertanto alla disperata ricerca di fonti grazie alle quali documentarsi e orientarsi almeno il necessario per non scrivere sciocchezze) in [una \(bozza di?\) nota di trasmissione della Direzione Prevenzione, Sicurezza Alimentare, Veterinaria della Regione Veneto](#), parrebbe del 23 gennaio 2020 (lo si desume solo dal nome del file), nella quale, nel

- nel punto 112, già richiamato in una precedente nota, dove si ricorda il fatto che, quando in data 30 gennaio 2020 (cioè subito dopo il blocco di tutti i voli internazionali da e per la Cina da parte dell'Italia, per disposizione del nostro Ministro della salute) l'Organizzazione mondiale della sanità finalmente decise di dichiarare lo stato di emergenza internazionale, «[p]urtroppo, diversamente da quanto era accaduto in passato con l'emergenza Sars a marzo 2003, il direttore generale dell[ame]desima non ha consigliato di bloccare i voli internazionali con la Cina, sconfessando di fatto l'operato del Ministro della salute italiano» e fornendo così elementi a supporto delle «irritate» rimostranze della diplomazia cinese alle restrizioni introdotte (punto 114), ed indirettamente ostacolando l'adozione di misure simili da parte di altri Paesi (come nel frattempo avevano fatto, in parte, gli Stati Uniti, anche in quel caso andando incontro a proteste da parte dell'ambasciatore cinese, analogamente motivate con riferimento alla posizione – potremmo dire... “statica”; per non dire, esagerando di troppo, negazionista *ante litteram* – dell'OMS);

- nel punto 120, nel quale si ricorda come, pur «a seguito della dichiarazione di emergenza internazionale dell'O.M.S. del 30 gennaio 2020, con 4 Stati membri Ue (Germania, Francia, Finlandia, Italia) già interessati dai primi casi di contagio da Covid-19, la Commissione europea non [abbia] dichiarato l'emergenza sanitaria ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera a), della decisione n. 1182/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, né lo [abbia] mai fatto fino alla dichiarazione di pandemia da parte dell'O.M.S del'11 marzo»;

- nei punti 121 e 122, in cui si ricorda come Germania e Francia (come si è ricordato già interessate dai primi casi a fine gennaio, e pur in presenza, tra febbraio e marzo, di un aumento esponenziale dei contagi riscontrati) abbiano dichiarato l'emergenza sanitaria nazionale solo il 18 marzo e, rispettivamente, il 20 marzo;

- nei punti 132 e 133, in cui si evidenzia come sia «soltanto con l'ordinanza del 25 febbraio 2020, a ben 25 giorni dalla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, che la Protezione civile ha cominciato ad attivarsi (con la dotazione iniziale di 5 milioni di euro) per provvedere all'acquisizione dei dispositivi di protezione individuali», sottolineando come ciò sia «avvenuto troppo tardi per rifornire il sistema sanitario nazionale, in grande carenza di DPI, senza che le Regioni avessero avuto alcuna contezza della gravità della situazione tale da determinare la dichiarazione di emergenza nazionale, senza che i soggetti interessati (medici e personale sanitario) ad attuare le misure di prevenzione e protezione nulla sapessero»;

- da ultimo, nel citato passaggio della “questione” in cui, tra gli elementi che avrebbero determinato la violazione degli invocati principi di rilievo eurounitario, si indica la circostanza (già richiamata in motivazione) che – per motivi ancora una volta ricollegabili agevolmente, almeno in buona parte, al solito atteggiamento di cecità e inerzia fin qui messo in luce – «Il Governo italiano dal 9 marzo all'11 maggio 2020 *non ha provveduto alla sanificazione e disinfestazione straordinaria degli uffici, degli ambienti e dei mezzi in uso alla amministrazione giudiziaria, all'acquisto di materiale igienico sanitario e di dispositivi di protezione individuale, nonché all'acquisto di apparecchiature informatiche e delle relative licenze di uso per informatizzare i settori giudiziari civili e penali anche degli Uffici del Giudice di pace, pur avendo a disposizione il Ministero della giustizia [...] per le misure di contenimento del virus e la ripresa dell'ordinaria attività giudiziaria disponibilità finanziarie di importo molto elevato e da utilizzare immediatamente in deroga alle norme UE nazionali in materia di appalti pubblici, senza l'obbligo di rendicontazione contabile ed amministrativa e senza il controllo della Corte dei conti*»; e, ancora, nei successivi passaggi in cui si evidenzia come l'«impossibile attuazione» del processo da remoto fosse imputabile alla «carenza

riportare la Circolare ministeriale prot. n. 1997 del 22.01.2020 “Polmonite da nuovo coronavirus (2019 – nCoV) in Cina”, si precisava quanto segue: «Devono essere considerati casi sospetti di nCoV le persone che rispondono ai criteri indicati nella definizione di caso, (Allegato 1 della Circolare ministeriale). Si evidenzia che *in merito alla stessa definizione di caso*, rispetto al punto 2 [e cioè esattamente quello al centro del nostro discorso] *sono stati richiesti al Ministero alcuni chiarimenti, dai quali è emerso che la “definizione di caso provvisoria”*, verrà a breve aggiornata da una nuova definizione da parte dell'ECDC» (ovvero l'European Centre for Disease Prevention and Control già menzionato in una delle precedenti note).

strutturale del sistema informatico e organizzativo di lavoro del Ministero della giustizia», mentre l'impossibilità di effettuare udienze anche a porte chiuse discendesse dalla «inutilizzabilità del personale amministrativo di cancelleria in lavoro agile senza collegamenti da remoto con gli Uffici giudiziari», nonché, ancora, dalla «mancata sanificazione e disinfestazione straordinaria degli uffici, degli ambienti e dei mezzi in uso alla amministrazione giudiziaria», dal «mancato acquisto di materiale igienico sanitario e dispositivi di protezione individuale» e dalla «mancata individuazione di protocolli di misure di contenimento per lo svolgimento dell'attività giudiziaria», con conseguente “scaricamento” della «responsabilità di effettuare (in rarissime occasioni) o non effettuare (nella generalità dei casi) le udienze pubbliche, in carenza delle condizioni di sicurezza sanitaria e senza tutele contro l'emergenza COVID-19, ai Capi degli Uffici giudiziari (Presidenti di Tribunale per i giudizi in 1° grado) o ai singoli Giudici».

6.4. *Il secondo “male”: l'incapacità di (re)agire e assumersi responsabilità, individualmente e collettivamente, davanti alla realtà.*

Il secondo “male” su cui si vorrebbe soffermare brevemente l'attenzione, e che pure trova nell'ordinanza di rinvio del Giudice di pace di Lanciano numerose conferme, è un male molto spesso strettamente collegato al primo (ma non sempre, riscontrandosi anche in modo autonomo, ossia in situazioni nelle quali non manca la volontà o la capacità di guardare, vedere e capire la realtà ed i suoi problemi, e talora nemmeno quella di individuare, *in astratto*, le soluzioni teoricamente migliori). Si tratta di una incapacità *di agire*, pur laddove vi sia una piena consapevolezza della *teorica* necessità di farlo (e, a maggior ragione, nei casi, molto più frequenti, in cui tale consapevolezza non vi è affatto o, per così dire, la si “rimuove” più o meno consciamente, per le ragioni sulle quali ci si è soffermati in precedenza).

Alla base di tale incapacità di agire – tanto a livello individuale quanto a livello collettivo – sembra potersi vedere soprattutto una mancanza di coraggio⁴⁹ o, più semplicemente, di rigore, che si sostanzia in una indisponibilità ad assumersi le proprie responsabilità (e, prima ancora, a riconoscerle come tali... cioè a riconoscere le responsabilità in questione come proprie)⁵⁰, ovvero, in ultima analisi, a *conoscere, accettare ed adempiere i propri doveri*, con tutti i rischi e in ogni caso i sacrifici che essi comportano.

Può notarsi come, in seno al ceto politico, tale atteggiamento tenda a tradursi (a maggior ragione se derivante, o comunque accompagnato, da quello di cui si è detto prima) in una assoluta, nefasta mancanza di autonomia e lungimiranza nel definire (in modo più o meno “attivo” e cosciente) le proprie priorità generali, la propria “agenda” (anche nel senso più “terra terra” del termine e, dunque), i propri impegni quotidiani e le proprie scelte (...nei casi in cui non ci si possa esimere dal compierle, come invece si tenderà a fare ogni volta in cui ce ne sarà la possibilità): priorità, impegni e scelte che andranno quindi a focalizzarsi passivamente – all'insegna di un rassicurante conformismo – su obiettivi secondari e meno impegnativi decisi da altri o – nei casi in cui ci si trovi, per ruolo o per circostanze, a dover prendere delle decisioni – individuati secondo logiche di brevissimo periodo ispirate alla ricerca del consenso immediato (carburante prezioso, per non dire ossigeno necessario, per chiunque non voglia assumersi responsabilità)⁵¹.

⁴⁹ Per una pregnante, specifica considerazione sul ruolo che proprio nell'ambito della gestione dell'emergenza, e segnatamente con riguardo al *mancato sfruttamento della possibilità di fare ricorso ai poteri sostitutivi di cui all'art. 120 della Costituzione*, ha avuto e ha l'assenza di “coraggio” cfr. G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit. (v. anche, sul punto, R. BIN, *Caro Orlando, il vero problema della sanità è al centro, non in periferia*, in [laCostituzione.info](#), 3 aprile 2020).

⁵⁰ Qualche spunto in questa prospettiva in I.A. NICOTRA, *L'epidemia da Covid-19 e il tempo della responsabilità*, in [Diritti Regionali](#), 1/2020, 23 marzo 2020.

⁵¹ Per alcuni arguti spunti a quest'ultimo riguardo, a partire proprio dal contesto della pandemia e delle misure adottate per fronteggiarla, cfr. di recente 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, spec. 532-533, ma anche G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., ad esempio nel passaggio relativo al ruolo svolto (anche) in

In seno all'amministrazione, il medesimo atteggiamento sembra invece concretizzarsi in quella sconcertante inerzia – non di rado accompagnata da forme di vera e propria “chiusura mentale” (...per non dire “ottusità”) – in cui tutti abbiamo avuto infinite volte occasione di imbatterci, a tutti i livelli. Di tutto ciò sembra esserci traccia, come si diceva, in molti punti dell'ordinanza, la quasi totalità dei quali già richiamati in riferimento al primo “male” (a conferma dello stretto collegamento normalmente riscontrabile tra i due).

Sarà dunque sufficiente richiamare di volata i “numeri” dei passaggi in questione (rinviando integralmente, con riguardo ad essi, a quanto si è riportato e osservato in precedenza o alla lettura diretta del provvedimento) ed aggiungere solo qualche ulteriore riferimento. In particolare, tra i punti già citati possono rivedersi anche (se non *soprattutto*, in qualche caso) in quest'altra ottica quantomeno i punti 23; 29; 45; 49; 53, 54 e 61; 96; 107 e 112; 120, 121 e 122; 132 e 133.

Tra gli altri passaggi, sembrano significativi, oltre al punto 46, il punto 28 e, più di tutti (perché consente di cogliere un altro, più specifico aspetto: v. subito oltre), il punto 62, ove, tirando le fila, si evidenzia e si lamenta il fatto che, per effetto della situazione complessivamente risultante dagli *interventi normativi* e dai... *mancati interventi di natura organizzativa* (sul piano tecnico-informatico e sul piano igienico-sanitario), paradossalmente «viene scaricata su questo giudice la responsabilità del mancato svolgimento delle udienze» e «del *necessario* rinvio di tutte le cause la cui udienze è fissata nel periodo dal 12 maggio al 31 luglio 2020 a data successiva al 31 agosto 2020», con ciò mettendosi in luce quell'ulteriore, ricorrente fenomeno (...di “scaricabarile”, potrebbe dirsi in gergo non proprio tecnico) che spesso porta a riversare più o meno surrettiziamente sull' “ultimo anello della catena” problemi (che precisamente per questo risultano poi di difficile o impossibile soluzione in molti casi, anche se non in tutti) che invece avrebbero dovuto – o dovrebbero – essere *previsti e prevenuti o affrontati* a “livelli” più alti...⁵².

6.5. *Il terzo “male”: l'incapacità di analizzare e risolvere i problemi in modo razionale ed equilibrato, secondo (in particolare) le più sofisticate ed efficaci logiche, costruttive e concilianti, del diritto e della giustizia costituzionale, piuttosto che in modo emotivo e... “squilibrato”, secondo*

questa fase dai sondaggi, come «esangue e incontrollabile surrogato del voto democratico e costituzionalmente regolato» (nonché in genere, potrebbe dirsi, come fattore di auspicata legittimazione ed elemento di contingente supporto delle misure adottate dall'Esecutivo, spesso nella forma del decreto del Presidente del Consiglio e quindi – come l'A. evidenzia – con sacrificio della stessa collegialità del Governo, oltre che del ruolo della rappresentanza parlamentare) e in quello in cui, più in generale, si fa riferimento a (lla «tendenza degli ultimi decenni a mettere sulle spalle della Carta [costituzionale] le responsabilità di») «una politica *impotente*, perché perennemente affacciata da baruffe di cortile e dall'*ossessivo inseguimento di consenso emotivo ed immediato*», di guisa che «[n]on c'è principio, non c'è *riflessione ragionevole* che non possa essere sacrificata ad un applauso in un teatro o in una piazza o a qualche like inserito sotto la *suggestione* di una battuta a effetto» (corsivi aggiunti – come nelle citazioni seguenti – per richiamare l'attenzione su aspetti di particolare rilievo nel quadro delle riflessioni svolte nel presente paragrafo e nel successivo); o, ancora, in quello in cui si pone l'accento sulla «perdurante crisi del sistema politico, frammentato in partiti e movimenti incapaci di indirizzi responsabili, ma *al continuo inseguimento degli spostamenti, anche minimi, di consenso elettorale, cui viene sacrificato il risultato pratico della legislazione in qualsiasi campo*» e in quello in cui, con riguardo alle misure emergenziali adottate (in teoria) per contrastare la pandemia, si censura la «disordinata corsa a riempire veri o presunti vuoti di disciplina o a dar luogo a normative anche fortemente differenziate non solo per obiettive necessità di adeguamento a situazioni locali, ma anche *per pura polemica politica con il Governo nazionale o per smania individualistica di visibilità, in vista del possibile, successivo sfruttamento elettorale*», chiosando che questo «[f]orse è l'aspetto più triste e squallido delle attuali difficoltà di coordinamento tra autorità nazionali, regionali e locali» (su alcune di tali dinamiche può vedersi anche S. CAFIERO, *I «Governatori» e la pandemia. Il balzo della politica personale nelle elezioni regionali del settembre 2020*, in [Rivista AIC](#), 4/2020).

⁵² In una logica simile può leggersi anche il passaggio (punto 48) in cui, riportando censure formulate dalla Giunta esecutiva centrale dell'ANM con un comunicato del 2 maggio 2020, si lamenta – in particolare con riguardo all'«innovativa previsione dell'udienza civile “da remoto necessariamente celebrata in ufficio”» – l'«*assenza di una assunzione di responsabilità del Ministro in materia di sicurezza dei palazzi di Giustizia, e dunque delle condizioni in cui rendere possibile la presenza fisica, che oggi si impone anche quando non necessaria, in evidente contraddizione con il persistere dell'emergenza sanitaria*» (sotto quest'ultimo profilo si rinvia, per alcune osservazioni e precisazioni, a quanto si dirà più avanti).

le rozze e fuorvianti logiche, distruttive e divisive, della contrapposizione binaria, su base politica o su altre basi irrazionali.

Vi è poi, come si diceva, un terzo “male”, che parrebbe più difficile da individuare e “smascherare”, ma che è probabilmente altrettanto diffuso e, forse, altrettanto grave.

Esso lo si può cogliere in due modi, a seconda del lato della medaglia che si vuol guardare.

Iniziando dal primo lato, forse quello più evidente, sarà facile convenire che uno dei “vizi” o comunque delle tendenze tipiche (quantomeno) del popolo italiano⁵³, da secoli⁵⁴ e in ambiti diversi, è quella consistente nel *dividersi e sistematicamente contrapporsi* (per lo più) *su due fronti*, o su due principali fronti (*formatisi e perpetuatisi* in certi modi per ragioni spesso più contingenti, o comunque razionalmente più discutibili, di quanto si tenderebbe a pensare, ammesso che ci si interroghi a fondo sul punto... cosa che per la verità di rado avviene) in maniera spesso “esagerata” se non addirittura insensata e artificiosa⁵⁵, attraverso (meglio: *a causa di*, ma anche *per mezzo di e generando viepiù*) *semplificazioni spesso scorrette, forzature, estremizzazioni, distorsioni (quando non vere e proprie bugie), strumentalizzazioni...*

E ciò tanto in linea generale e “stabile”, con riguardo alle varie “appartenenze” non solo politiche, quanto su questioni specifiche che, per qualche motivo, non vengano risucchiate e assorbite da tali contrapposizioni generali (verosimilmente diventando, in questo caso, campo di battaglia secondo le logiche e per le finalità proprie di quelle pregresse contrapposizioni generali) e consentano quindi il formarsi di autonome divisioni e contrapposizioni, per così dire *ad hoc* (sempre, di norma, su due fronti... l’un contro l’altro armati).

Passando a quello che, come si anticipava, può essere visto come l’altro lato della medaglia, si può ora arrivare a dire che uno dei motivi per cui tutto ciò avviene con tale frequenza e intensità risiede nella seguente circostanza (la quale, a sua volta, risulta continuamente alimentata dalla tendenza appena ricordata, al punto che, come si diceva, sembra quasi di poter affermare che in fondo, almeno in alcuni casi, siamo davanti a un *fenomeno unico*, dalle manifestazioni molteplici e osservabile da diverse angolazioni).

Il fatto è che – come forse oggi si può comprendere meglio in larga parte proprio alla luce... potrebbe dirsi *alla “controluce”*... dei grandi progressi del diritto e, specialmente, della giustizia (per non dire proprio della giurisprudenza) costituzionale⁵⁶ (sotto questo profilo erede e sviluppatrice di un approccio illuministico, e in ogni caso illuminato, poco diffuso se non del tutto assente in molte altre sedi) – vi è, in generale (con l’importantissima e per noi significativa

⁵³ ...ma, complici forse sistemi politici ed elettorali di un certo tipo (insieme a pesanti carenze su altri fronti), la stessa tendenza sembra riscontrabile in altri Paesi, ad iniziare dagli Stati Uniti (come gli eventi più recenti, verificatisi poco dopo che si erano scritte queste parole, tristemente confermano).

⁵⁴ Il pensiero va ovviamente subito alla storica contrapposizione tra guelfi e ghibellini, ma molte altre sono le fratture che, più o meno (im)motivatamente e (in)utilmente, hanno diviso (quelli che sarebbero poi ufficialmente diventati) gli italiani.

Non del tutto eccentrico (...tanto più dopo aver rievocato la contrapposizione tra guelfi e ghibellini) è forse un cenno alla circostanza che, molto di recente (in un’intervista televisiva trasmessa il 10 gennaio 2020), è stato lo stesso Pontefice a pronunciare, con speciale riferimento all’attuale momento storico (e in più punti ponendosi, come emergerà anche dalla nota finale del presente scritto, perfettamente e forse studiatamente in linea con quanto affermato pochi giorni prima dal nostro Presidente della Repubblica), un forte e netto richiamo all’unità, anche e segnatamente in ambito politico, e una altrettanto netta e forte condanna di contrapposizioni e individualismi che antepongono visioni e interessi di parte al perseguimento del bene comune...

⁵⁵ ...non sempre, s’intende: e non occorre citare in proposito la celebre, caustica (ma forse anche sottilmente disperata, per come la scena è costruita e recitata) battuta di Nanni Moretti in *Ecce bombo* su “rossi e neri” “tutti uguali”...

⁵⁶ Alla quale può *in certa misura* accostarsi l’attività delle Corti europee e in genere delle Corti “sovrnazionali” (su analogie e differenze tra Corti costituzionali e Corti europee v. volendo, in generale, ma con limitati riferimenti alla tematica su cui ci sta qui focalizzando, O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *Tratti “costituzionali” e “sovrnazionali” delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in E. Falletti, V. Piccone (cur.), *L’integrazione attraverso i diritti. L’Europa dopo Lisbona*, Aracne, 2010, 125-183 e, più ampiamente, ID., *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, tomo II, Padova, CEDAM, 2011, 1-100 nonché in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 26 marzo 2010).

eccezione appena indicata, e poche altre, tra cui sembra giusto oggi inserire, con apparente paradosso storico, certi settori e anche certi esponenti di assoluto spicco della Chiesa, ad iniziare dall'attuale pontefice) una profonda, radicata incapacità di analizzare a fondo i problemi e di risolverli, sulla base di una simile approfondita analisi, all'insegna – e, diciamo pure, attraverso le “tecniche” – della armonizzazione, della (talora “creativa” o comunque innovativa) razionalizzazione, del ponderato bilanciamento o ancor meglio dell'accorto “contemperamento”, ovvero della contestuale massima tutela⁵⁷ di diritti, principi, esigenze, interessi, istanze tra loro in tensione, concorrenti, o anche oggettivamente contrapposte⁵⁸.

Nell'ordinanza di rinvio, vi sono tracce di questa incapacità di risolvere i problemi conciliando esigenze apparentemente opposte (in specie, la tutela della salute e la continuità dell'attività giudiziaria in modi accettabili sotto il profilo del rispetto delle garanzie processuali costituzionali e sovranazionali)⁵⁹ in numerosi passaggi, anch'essi già largamente richiamati, e in particolare in

⁵⁷ Si sorvola sulle precisazioni che l'implicito (e almeno apparente; comunque “parziale”) riferimento alle più specifiche “dottrine” e teorie giurisprudenziali o scientifiche (ammesso che siano tali) della “massimizzazione” o “massima espansione delle tutele” (per riprendere una delle formule utilizzate dalla nostra Corte costituzionale, ad esempio nella sentenza n. 317 del 2009) imporrebbe.

Per alcuni riferimenti e qualche breve osservazione e in proposito ci si permette di rinviare a V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte Costituzionale, giudici comuni e Corte Europea*, cit., spec. 225 ss.

Per più ampie indicazioni bibliografiche sul principio in questione (nelle sue varie declinazioni) v. poi l'accurata ricognizione effettuata da A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 5 febbraio 2018, 137, nota 7; lo stesso A., come è noto, ha sviluppato approfondite riflessioni sul ruolo di tale principio in molti suoi scritti, tra i quali sembra utile segnalare, in particolare, A. RUGGERI, *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in questa *Rivista*, 2014 01.09.14.

Il medesimo principio, nella sua più specifica accezione relativa, per intendersi, allo spinoso problema dei rapporti tra diritti costituzionali e diritti previsti dalla CEDU e in genere a livello sovranazionale, è stato oggetto, e propriamente “bersaglio polemico”, dello stimolante volume di R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018; dello stesso A. si veda però anche, in una prospettiva molto più generale e sostanzialmente differente (e senz'altro più vicina a quella cui si fa riferimento in queste pagine), e dunque con valutazioni nel complesso ben diverse, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.

Sulla complessiva tematica (con un taglio ancora differente, ma in qualche modo e misura complementare) non possono poi non segnalarsi, anche per la loro fortuna e influenza, i volumi di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi diritto giustizia*, Torino, Einaudi, 1992 e ID., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005.

Una sintetica ma molto curata e pregnante illustrazione della necessità e possibilità di conciliare quanto più armoniosamente tutte le diverse posizioni giuridiche (e dunque, alla base, tutte le esigenze e gli interessi ad esse sottostanti o comunque ricollegati) la si rinviene infine nel già più volte richiamato recente contributo di G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., ove precisamente si ricorda (in una prospettiva evidentemente debitrice del punto di vista del costituzionalista e... del giudice costituzionale, e tuttavia – o forse proprio per questo – con parole di valenza generale, almeno nel quadro delle democrazie contemporanee) che, «[p]oiché ogni diritto, dovere o potere, pubblico e privato, si inserisce in un contesto di rapporti giuridicamente regolati e condizionati dalle diverse situazioni di fatto, la loro consistenza e la loro portata si definisce, volta per volta, dall'interazione tra la posizione singola, personale o istituzionale, ed il contesto medesimo, che varia a seconda delle circostanze, sempre nell'ambito di schemi normativi pre-disposti direttamente dalla Costituzione o dalla stessa specificamente previsti nelle loro linee generali».

⁵⁸ ...“contrapposte” oggettivamente, ma non, appunto, in modo tale da indurre persone ragionevoli e “di buona volontà” a perseguire l'obiettivo dell'affermazione piena di talune a totale discapito delle altre, almeno nella misura in cui tutte abbiano una loro “dignità” e “rilevanza”, sia pure *in misura maggiore o minore*... (...laddove anche e proprio quest'ultimo “dettaglio”, chiaramente decisivo, dovrebbe e potrebbe essere, *in tutte le sedi* e pur in modi e con esiti parzialmente diversi secondo i contesti, terreno di *discussione* e soluzione razionale e rispettosa, nel metodo e nel merito, e non, ecco il punto, di brutale “battaglia” volta alla completa sopraffazione mediante la mera forza, sia essa la forza “politica” del consenso, la forza economica, la forza militare o altra ancora).

⁵⁹ Tra gli infiniti altri casi o aspetti in cui è emersa, in tutta la sua dannosità, questa incapacità di conciliare e soddisfare contestualmente esigenze concorrenti – in conseguenza non solo, come spesso avviene, dell'irrazionale e “faziosa” preliminare opzione esclusiva, o comunque eccessivamente squilibrata, a favore di una o alcune di tali esigenze, a totale o pressoché totale discapito dell'altra o delle altre, ma anche, alla base, dell'assenza di volontà (o comunque della scarsa capacità) di immaginare, ricercare, sviluppare e attuare soluzioni più elaborate in grado di superare o comunque smussare fortemente l'antitesi – si vuol segnalare, nell'attuale contesto, la *débâcle* (forse non del tutto evitabile, ma certamente verificatasi in misura assai maggiore dello stretto necessario) del sistema sanitario non *sul fronte della pandemia* (dove pure, come è noto, criticità e fallimenti anche gravi, per esempio sul fronte dei tracciamenti e dei tamponi, non sono

quelli in cui si evidenziano le omissioni e in genere le carenze (...sul piano dell'ideazione, della decisione, della programmazione, dell'individuazione e adozione di misure organizzative, tecniche e/o igienico-sanitarie anche di natura pratica) che non solo *non hanno favorito*, ma addirittura *hanno reso concretamente impossibile* tanto (a) lo svolgimento delle udienze "in presenza", che invece sarebbe stato astrattamente possibile a certe condizioni, quanto soprattutto (b) il loro svolgimento in contraddittorio "da remoto" (che meglio ancora avrebbe permesso di conciliare le esigenze precauzionali di sicurezza sanitaria con quelle di regolare continuità – e perfino eventualmente, con alcuni non inimmaginabili accorgimenti, di pubblicità – dei procedimenti) oppure in forma solo scritta (nei casi in cui davvero non vi fossero controindicazioni di rilievo a seguire tale per più versi discutibile modalità procedurale⁶⁰); e ciò per le ragioni più varie, diverse delle quali danno appunto, quanto mai efficacemente, la misura di questa *tendenza a, per così dire, "perdersi in un bicchier d'acqua"*⁶¹ ...

Particolarmente indicativi in quest'ultimo senso sembrano, sotto il primo profilo (udienze in presenza), i punti 53 e 54, in relazione al punto 61 (ove invero si segnala che, oltre agli ostacoli "pratici" di cui subito oltre, vi erano anche, per quanto riguarda le "udienze pubbliche", ostacoli normativi discendenti dalla ristrettezza delle eccezioni previste nell'art. 83, comma 3, del d.l. n. 18/2020), in tali passaggi evidenziandosi come «[i]n realtà la disposizione delle aule d'udienza» ben avrebbe potuto «consent[ire] la regolarità dello svolgimento delle udienz[e] con la presenza dei soli difensori delle parti nel rispetto delle distanze di sicurezza ed evitare assembramenti, previa opportuna sanificazione degli ambienti e l'adozione di tutti i dispositivi di protezione» del caso: mascherine, guanti, nonché «eventualmente [...] separatori in plexiglass sul tavolo di udienza a prova di covid-19, per evitare che effluvi di goccioline contenenti il virus, nonostante le mascherine, possano interferire nel colloquio tra gli avvocati e questo giudice»⁶².

mancati, specialmente in alcune zone), bensì... *su tutti (o quasi) gli altri fronti*, come testimoniato (per un verso, dalla repentina "cancellazione" di milioni di esami diagnostici, visite specialistiche e ricoveri, e, a seguire, dalla considerevole riduzione delle prestazioni sanitarie complessivamente erogate; e, per altro verso, i due fenomeni essendo peraltro *biunivocamente* collegati) dal drammatico aumento, rispetto al periodo "pre Covid-19", dei già spesso intollerabilmente lunghi tempi di attesa in pressoché tutti i settori della medicina (in base a dati rielaborati in sede accademica e reperibili in M. GABANELLI e S. RAVIZZA, *Sanità, il Covid allunga le liste d'attesa: ecco gli esami e le visite che rischiano di saltare*, in *Corriere*, 23 giugno 2020) sembra che i tempi si siano addirittura triplicati se non quadruplicati, passandosi da una media generale di circa 55 giorni a una di oltre 185 – scorporando il settore "ostetricia" per evidenti ragioni, ma includendo "radiologia", che con i suoi "soli" 121 giorni abbassa fortemente la media – con conseguenze ben prevedibili e, chiaramente, di enorme gravità per moltissime persone).

Inutile aggiungere che tra le "ricette", più o meno contingenti, per evitare un simile disastro vi sarebbero state e vi sarebbero (in alcuni casi con un moderato aumento della spesa pubblica, in altri casi a costo zero o addirittura con complessivo risparmio erariale e/o per i cittadini direttamente interessati) il potenziamento e ammodernamento della c.d. "medicina territoriale"; un maggior ricorso alle prestazioni a domicilio; un ripensamento degli organici e, a monte, un ripensamento del famigerato "numero chiuso" ai corsi di laurea in medicina e del sistema delle specializzazioni; una maggiore e miglior informatizzazione dell'intero settore; un maggior utilizzo, in genere, delle tecnologie utili e, specialmente, un maggior ricorso alla "telemedicina"; nonché, più in generale, un maggior e miglior utilizzo dei poteri statali tanto sul piano normativo e del coordinamento quanto su quello della vigilanza e degli eventuali interventi sostitutivi (cfr. sul punto le importanti considerazioni, cui già si è fatto cenno, di R. BIN, *Caro Orlando, il vero problema della sanità è al centro, non in periferia*, cit. e G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.), e ancora, ovviamente, ultimo ma non ultimo, un radicale ripensamento – a livello di legislazione statale e, certamente, nella legislazione e negli indirizzi amministrativi di certe Regioni – del ruolo della sanità privata e dei rapporti con essa (in riferimento a quest'ultimo aspetto e ad altri problemi di fondo qui accennati si rinvia, in una prospettiva più ampia e abbracciante altre fondamentali questioni di urgente attualità, al già menzionato volume di P. COSTANZO e A. FERRARA, *Ambiente e Salute. Diritti feriti*, cit.).

⁶⁰ ...per alcune riflessioni critiche sul punto, soprattutto in riferimento ad alcune vicende del processo amministrativo su cui si dirà qualcosa poco più avanti, cfr. I. LAGROTTA, *Il contraddittorio cartolare coatto tra interpretazione conforme a Costituzione e dubbi di legittimità*, cit.

⁶¹ E ciò sia, come nel caso di specie, addirittura nel (non) *mettere in pratica* soluzioni già teoricamente individuate e potenzialmente in grado, come si accennava (e usando ora un'altra espressione popolare), di... "salvare capra e cavoli"; sia, in molti altri casi, nel *ricercare e trovare* soluzione di tal genere, facendo ricorso a quello "strumentario intellettuale" e, prima ancora, a quell'atteggiamento di fondo analitico, razionale e conciliante di cui si diceva...

⁶² Risultando in effetti quantomeno "poco coerente" (e forse, ricollegandoci a un cenno precedentemente effettuato, davvero "irragionevole" in relazione agli articoli 3, 24 e 97 della Costituzione...) la circostanza, ricordata al punto 54, che

Quanto al secondo, duplice profilo (impossibilità pratica di procedere mediante udienze da remoto in contraddittorio o trattazione scritta da remoto, in modo tale da conciliare esigenze di sicurezza sanitaria, di speditezza e di rispetto delle garanzie processuali), tra i vari passaggi già richiamati – soprattutto: punti 29, 30, 36, 37 e 60 – il più indicativo sembra proprio quest’ultimo, ivi evidenziandosi, attraverso una citazione di un passaggio della premessa del decreto del Presidente del Tribunale di Lanciano del 12 maggio 2020 – che tra le ragioni per cui i Giudici di pace ricadenti nel relativo ambito territoriale (al pari di tutti gli altri, parrebbe) non potevano e avrebbero continuato a non poter effettuare le udienze né con la modalità da remoto nel contraddittorio delle parti ex art. 83, comma 7, lett. f) del d.l. n. 18/2020, né con la modalità della trattazione scritta ex art. 83, comma 7, lett. h) del medesimo decreto, vi era la seguente: «l’Ufficio del Giudice di Pace non ha in funzione lo strumento della consolle telematica, che consente ai difensori di consultare i fascicoli civili tramite computer»...

E si potrebbe arrivare a notare, mettendo il dito nella piaga, che all’incapacità – qui esemplificativamente censurata in riferimento a questioni pratiche; ma ovviamente, come si andava dicendo, riscontrabile “a tutto campo” – di *conciliare razionalmente* esigenze concorrenti sembrerebbe almeno in un caso addirittura fare da *pendant* un atteggiamento quasi... opposto (ovvero di irrazionale sacrificio di un’esigenza... *senza alcun vantaggio* per l’altra), come si lamenta in particolare nei passaggi (punti 37 e 48) in cui si menziona criticamente – anche citando le ancor più severe censure rinvenibili nel comunicato della Giunta esecutiva centrale dell’ANM del 2 maggio 2020 – l’introduzione dell’«innovativa previsione dell’udienza civile “da remoto necessariamente celebrata in ufficio”», comportante *l’imposizione della presenza fisica «anche quando non necessaria*, in evidente contraddizione con il persistere dell’emergenza sanitaria»⁶³...

nello stesso periodo in cui risultava di fatto inibita l’attività dei giudici di pace – pur essendo essa in teoria da ritenersi (anche sulla base dei principi e, per così dire, delle priorità costituzionali, potrebbe aggiungersi) «assolutamente necessaria come servizio pubblico essenziale» – si consentiva invece, in base al d.l. 16 maggio 2020 n. 33, la riapertura dei ristoranti... (e a ciò potrebbero aggiungersi, a dirla tutta, altre “incoerenze” ancor più evidenti e significative che possono cogliersi estendendo il confronto, ad esempio, alle misure adottate, a livello nazionale, in relazione alle attività relative ai settori del gioco d’azzardo e delle scommesse nelle varie fasi dell’emergenza pandemica: cfr. sul punto, volendo, V. SCIARABBA, [Le misure locali di contrasto “totale” al gioco d’azzardo in tempo di pandemia nella prospettiva costituzionale](#), in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, cit., pp. 191-217, e, più ampiamente, ID., [Spunti di indagine e di riflessione sulle e dalle misure comunali e regionali di contrasto “totale” al gioco d’azzardo \(e alla pandemia\) nella prospettiva costituzionale](#), dal 20 luglio 2020 nella sezione del sito [Consulta OnLine](#) dedicata alle anticipazioni dei contributi destinati al *Liber Amicorum* di cui sopra, in questo caso la versione finale del saggio non coincidendo, per evidenti ragioni di spazio, con quella originale ivi inizialmente pubblicata, e al momento ancora consultabile; più in generale, poi, può ricordarsi a questi propositi quanto osservato da A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., secondo cui «[a]lla luce del canone della ragionevolezza [...] si può discutere circa la congruità delle eccezioni previste per ciò che concerne l’apertura di taluni esercizi commerciali, alcune delle quali per vero di gracile fondamento; d’altronde, l’esperienza maturata in Cina insegna che solo adottando misure drastiche si può centrare l’obiettivo di contenere la diffusione del virus»).

⁶³ Sotto questo profilo in verità va detto che talune ragioni per richiedere, con le dovute precauzioni, la presenza del giudice nel suo ufficio durante lo svolgimento – sia pur (... *per gli altri*) “da remoto” – dell’udienza potrebbero essere ravvisate in tendenziale analogia, *mutatis mutandis*, a quanto è stato osservato con riguardo alle modalità di voto dei parlamentari (e degli elettori) da parte di G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.; ma, come sembrerebbero dimostrare le circostanze ricordate poco oltre nel testo (sorvolando su più o meno marcate distinzioni, dalle implicazioni peraltro non immediate né univoche, tra i contesti che saranno qui richiamati e quello della giustizia ordinaria), si tratta di preoccupazioni, pur molto serie e meritevoli della massima considerazione, forse da non drammatizzare nel nostro ambito con eccessiva rigidità, e tali da lasciar spazio, quantomeno, a degli “esperimenti” in situazioni eccezionali (magari, si potrebbe aggiungere, con garanzie e accorgimenti “di contorno” volti a ridimensionare quanto più possibile i pericoli e in genere le controindicazioni molto opportunamente evidenziate dall’A., un utile seppur generico cenno in questo senso potendosi rinvenire anche nella raccomandazione, contenuta nelle “[Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all’emergenza COVID 19](#)” deliberate dal Consiglio Superiore della Magistratura il 26 marzo 2020, di «prevedere che anche le camere di consiglio, quale logica prosecuzione delle udienze – anche ove non immediatamente successive alle stesse ed anche se precedute dal deposito di scritti difensivi – si svolgano da remoto, mediante l’utilizzazione degli applicativi messi a disposizione dalla DGSIA (per esempio l’applicativo ‘Microsoft Teams’), ferma la necessità di garantire la segretezza della camera di consiglio e di evitare la visibilità della stessa da parte di terzi»).

Appena il caso di ricordare, infine, che quella stessa *capacità di addivenire a soluzioni conciliative* di cui si è riscontrata la mancanza in riferimento alla gestione dell'emergenza nel settore della giustizia di pace e in generale della giustizia ordinaria, civile e penale, sembra invece non essere mancata:

- nell'ambito della *giustizia amministrativa*: cfr. i punti 40 e 41, ove si ricorda come, a seguito di una rigorosa (e già menzionata) presa di posizione della VI Sezione del Consiglio di Stato che ha ritenuto, con ordinanza del 21 aprile 2020 n. 2539, la modalità della trattazione scritta (estesa al giudizio amministrativo dall'art. 84, comma 5, del d.l. 18/2020) non conforme al principio del giusto processo⁶⁴ garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, dall'art. 6 della CEDU e dall'art. 111 della Costituzione (in quanto, in particolare, «l'imposizione dell'assenza forzata, non solo del pubblico, ma anche dei difensori, finirebbe per connotare il rito emergenziali in termini di giustizia "segreta", refrattaria ad ogni forma di controllo pubblico»), sia stata invece estesa "il più possibile" – anche in virtù di appositi interventi del legislatore d'urgenza (cfr. l'art. 4, comma 1, del d.l. 30 aprile 2020 n. 28) – l'applicazione della modalità di svolgimento del processo «da remoto con la presenza nell'aula virtuale dei difensori, con indicazioni dettagliate, che mancano nel processo civile e in quello penale», anche su come «comportarsi per garantire il pieno rispetto del contraddittorio»;

- nell'ambito della *giustizia contabile*: cfr. il punto 42, ove si cita il decreto del Presidente della Corte dei conti n. 13 del 1 aprile 2020, intitolato "Regole tecniche ed operative in materia di svolgimento delle udienze in videoconferenza e firma digitale dei provvedimenti del giudice nei giudizi dinanzi alla Corte dei conti", e contenente – come si osserva nell'ordinanza del Giudice di pace di Lanciano⁶⁵ – dettagliate prescrizioni relative alle «modalità tecniche necessarie per lo svolgimento delle udienze, delle adunanze e delle camere di consiglio da remoto e in "aule virtuali", assicurando a ciascun partecipante – magistrati, segretari, avvocati, amministrazioni, parti – la possibilità di collegarsi direttamente dalla propria postazione di lavoro, mediante l'applicativo "Microsoft Teams", anche in mobilità, con l'utilizzo di strumenti multimediali audio e video, quali smartphone, tablet e computer dotati di videocamera, microfono e altoparlanti»...

- nell'ambito della *giustizia eurounitaria*: cfr. il punto 95, ove addirittura si afferma essere «umiliante per questo giudice e per tutti i giuristi italiani la lettura del comunicato stampa n. 46/20 del 3 aprile 2020 della Corte di giustizia, che ha dato atto di essersi adeguata già dai primi giorni di febbraio 2020 al novo contesto connesso all'emergenza epidemiologica da COVID-19, per garantire la continuità del servizio pubblico europeo della giustizia anche attraverso il lavoro a distanza generalizzato»...

...e a tali riferimenti il giudice del rinvio non aggiunge – ma non possiamo non sopperire noi, anche e precipuamente per coerenza con le riflessioni svolte all'inizio di questo paragrafo – un richiamo alla *giustizia costituzionale*, parimenti tempestiva ed efficace essendo stata, come è noto (e, possiamo a questo punto dirlo: non certo a caso...), la risposta organizzativa all'emergenza da parte del nostro giudice delle leggi⁶⁶.

⁶⁴ ... e pertanto *da evitarsi*, facendosi a tal fine ricorso (in modo forse improprio, almeno ad avviso di alcuni) a un'interpretazione adeguatrice e ad accorgimenti processuali in forte tensione col dato letterale (con ciò rendendo superfluo l'incidente di costituzionalità che, secondo una prospettiva dogmaticamente più rigorosa, sarebbe stato forse necessario o comunque più opportuno): cfr. in proposito I. LAGROTTA, *Il contraddittorio cartolare coatto tra interpretazione conforme a Costituzione e dubbi di legittimità*, cit. e ID., "Giusto processo" amministrativo e decreto "Cura Italia": il principio di oralità alla prova dell'emergenza, cit.; non si sbilancia sul punto R. ROMBOLI, [L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano](#), cit.

⁶⁵ ...ancora una volta lasciando quasi trapelare una sorta di comprensibile, strisciante "invidia" per il modo in cui, in tale settore, si sia riusciti a garantire al contempo "maggiore efficienza e trasparenza" dell'attività giurisdizionale, e in generale, potrebbe aggiungersi, maggiore corrispondenza della stessa ai principi del giusto processo; nonché, sull'altro versante, massima garanzia delle esigenze di sicurezza sotto il profilo sanitario...

⁶⁶ Si vedano in particolare, quanto alle prime fasi dell'emergenza, i decreti adottati dalla Presidente della Corte, su conforme avviso espresso dal Collegio, in data 12 e 24 marzo 2020 e in data 20 aprile 2020, ma già anche il significativo (specialmente, come potrà notarsi, nella prospettiva di riflessione di queste pagine) comunicato stampa del 9 marzo 2020, in cui si legge che «[l]a Corte costituzionale, riunitasi oggi, ha deliberato di rinviare a nuovo ruolo le cause fissate per le

7. Un'osservazione conclusiva per chiudere il cerchio.

Un'ultima, brevissima osservazione vorrebbe, in qualche modo, chiudere il cerchio, andando a evidenziare il nesso – meno evidente, ma, si ritiene, esistente e della massima importanza – tra il terzo “male” (e le relative “soluzioni”) ed i primi due.

Si vuol semplicemente dire, in sostanza (e, appunto, in modo sintetico, rinviando ad altra sede eventuali esemplificazioni, probabilmente nemmeno necessarie almeno in certi contesti ma nondimeno potenzialmente utili), che sviluppare (“nel privato” e “nel politico”, si sarebbe detto una volta; ovvero, in altri termini, a livello individuale e a livello “collettivo”, certamente istituzionale, in genere sociale... e si avrebbe la tentazione di aggiungere “social”...) quelle capacità di analisi e soluzione razionale da ultimo richiamate (attingendo anche e anzitutto, come si diceva, alla “valigia degli attrezzi” del diritto e della giustizia costituzionale e, in parte, sovranazionale) – al contempo rinunciando a un po’ di contrapposizioni sterili e “preconcette”⁶⁷, e connesse ricostruzioni

udienze pubbliche del mese di marzo 2020, nonché la convocazione degli esperti prevista per il giorno 23 marzo 2020», precisando però che le cause rinviate verranno comunque «trattate entro l'estate, in aggiunta all'ordinario carico di lavoro programmato»; che «[p]rosegono invece le altre attività della Corte» e che, più in generale, «[l]a deliberazione del collegio si pone l'obiettivo di *assicurare la continuità dell'amministrazione della giustizia costituzionale secondo modalità che rispondano all'esigenza di limitare spostamenti, trasferimenti e contatti tra gruppi di persone*, tenuto conto che l'attività della Corte costituzionale coinvolge di norma la presenza di avvocati difensori provenienti da tutto il territorio nazionale»; il tutto evidentemente al duplice scopo di «*contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e [...] contenere, contemporaneamente, gli effetti negativi sull'attività giudiziaria*», già in questo momento anticipandosi – in assoluta coerenza con il doppio, conciliante obiettivo perseguito – che «la Corte sta esaminando la possibilità di predisporre nuove modalità di trattazione delle udienze, sfruttando le opportunità offerte dalla tecnologia, per assicurare il pieno svolgimento delle proprie funzioni»... secondo quanto, puntualmente, avverrà poco tempo dopo (cfr. i decreti sopra citati). Per maggiori approfondimenti su tutto ciò cfr. P. COSTANZO, *Con l'emergenza, decolla la Corte 2.0*, in questa *Rivista*, 2020/I, 158; nella *stessa sede* anche una succinta analisi, da parte dello stesso Autore, delle diverse e peculiari soluzioni emergenziali adottate, nell'ambito della giustizia costituzionale, nell'altrettanto peculiare contesto francese (P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni apprestate in Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, *ivi*, 242) nonché un'analoga analisi rivolta alla Corte Suprema degli Stati Uniti (P. MAGARÒ, *La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America all'epoca del COVID-19 (uno sguardo d'insieme)*, *ivi*, 249).

Sulle “risposte” della nostra Corte costituzionale all'emergenza v. anche – nel quadro di una ricostruzione tra le più ampie e complete delle “ricadute” della pandemia su tutti i principali elementi e aspetti del nostro sistema costituzionale – R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, cit., nonché 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. Quanto infine alle risposte (anche) organizzative del nostro Parlamento a partire dalle prime settimane dell'emergenza, cfr. tra gli altri, e sotto vari profili, N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2020, 16 aprile 2020, ID., *Audizione resa il 5 novembre 2020 presso l'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari costituzionali del Senato nella prima seduta dedicata all'affare assegnato n. 588, “Sulle modalità più efficaci per l'esercizio delle prerogative costituzionali del Parlamento nell'ambito di un'emergenza dichiarata”: Come evitare l'auto-emarginazione del Parlamento nell'emergenza attuale*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2020, 1 dicembre 2020, ID., *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto “a distanza” dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una “re-ingegnerizzazione” dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, 31 marzo 2020, e S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, *ibidem*, 12 maggio 2020.

⁶⁷ Sorvolando sui consueti riferimenti all'esperienza della nostra Assemblea Costituente (in effetti piuttosto illuminante al riguardo, anche e forse ancor più ove si tenga più puntualmente conto, nel bene e nel male, delle diverse fasi dei relativi lavori in relazione al mutare del contesto storico e politico), un esempio fulgido dei frutti che può dare il superamento, almeno parziale, di contrapposizioni rigide e predeterminate ce lo offre in tempi relativamente recenti ancora una volta, non a caso, una “vicenda costituzionale” (ci si esprime volutamente, e con piena consapevolezza, in termini che altri potrebbero nel complesso contestare, non senza validi argomenti almeno sotto alcuni profili: ma v. sul punto, per alcuni rilievi forse di per sé decisivi e in ogni caso di notevole valore G.G. FLORIDIA, «*Nell'intenzion dell'artista, e agli occhi degli abitanti*» (osservazioni sulla “*Dichiarazione dei diritti*” di Nizza), in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, I, 163 ss.) tra le più significative degli ultimi decenni, ovvero l'elaborazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ad opera della “prima” Convenzione (o “Convenzione Herzog”, dal nome del suo presidente). Come si è avuto occasione di illustrare in altra sede (cfr., volendo, V. SCIARABBA, *Le “Convenzioni”, luogo d'incontro dei “parlamenti d'Europa” e di sperimentazione sul piano strutturale e funzionale*. Relazione all'«Atelier 4 luglio G.G. Floridia»: “Dai Parlamenti in Europa ai Parlamenti d'Europa. Un cammino tra storia e diritto” (Teramo, 4 luglio 2008), in R. Orrù, L.G. Sciannella, A. Ciammariconi (cur.), *Dai Parlamenti in Europa ai Parlamenti d'Europa. Un cammino tra storia e diritto*, Napoli, ESI,

semplificistiche e faziose (per tacere delle molte altre forme di degenerazione intellettuale, culturale, politica... in una parola, e in ultima analisi, “umana”... cui pure si potrebbe almeno in certa misura porre rimedio imboccando e seguendo la strada indicata) – potrebbe anche rendere assai meno difficile, e perfino più gratificante... *riconoscere e affrontare la realtà*⁶⁸, senza coprirsi gli occhi e senza restare inerti innanzi ad essa.

2008, 15-46, spec. 26-29), in effetti, il successo della Convenzione (che in pochi mesi riuscì non solo ad adempiere brillantemente al proprio mandato, ma in un certo senso addirittura a “superarlo”, elaborando un documento per più versi innovativo, e non meramente ricognitivo) fu fortemente agevolato proprio dalla non comune possibilità di, per così dire, “rimiscolare la carte” (nel merito e già nel metodo dei lavori) in virtù dell’assenza di raggruppamenti, e quindi di divisioni, stabilite “una volta per tutte” sulla base di un unico criterio, e ciò in conseguenza della peculiare composizione dell’organo, tale per cui ciascuno dei suoi membri, “gravato” da diverse “appartenenze” (in ragione dell’istituzione di provenienza, del partito o gruppo politico di affiliazione, della nazionalità...), finiva in qualche modo, con apparente paradosso, non tanto forse per “liberarsi” completamente da tutte queste appartenenze (tra loro a volte in tensione, in riferimento alle varie decisioni da prendere), come pure grossomodo si era affermato, quanto almeno per *allontanarsi* un po’ da esse, facendone tuttavia tesoro, in certo modo, nel quadro di una “sintesi” finale affidata, in misura molto maggiore del solito, alla coscienza individuale.

⁶⁸ Per riprendere fedelmente una delle sintetiche ma sempre precise e dense espressioni (...«È questa la *realtà*, che bisogna *riconoscere e affrontare*») utilizzate dal Presidente della Repubblica nel suo messaggio di fine anno, singolarmente vicina a quanto si era proprio nei giorni precedenti avuto occasione di scrivere in queste pagine (laddove il riferimento alla necessità di “riconoscere” la realtà, insieme ad altri passaggi più circostanziati, può ben ricollegarsi al primo dei “mali” qui indicati, al secondo potendosi invece ricollegare l’evidenziata, e in altri passaggi ribadita e precisata, necessità di “affrontarla”, le due cose essendo peraltro – è appena il caso di ribadirlo – ampiamente collegate; così come – per il motivo sopra evidenziato e per altri che emergono, ancora una volta, dal messaggio del Presidente: v. subito oltre – collegate a tutto ciò sono pure le riflessioni svolte in riferimento al “terzo male” su cui si è qui tentato di ragionare, “costruttivamente”...).

Fa piacere aggiungere, a “chiusura della chiusura” del presente scritto, la confortante circostanza che assai prossimi alle riflessioni svolte soprattutto nell’ultima parte di esso sono anche numerosi altri passaggi del discorso del Presidente della Repubblica.

Non solo quelli, ravvicinati, in cui si «richiama e sollecita ancor di più la *responsabilità* delle istituzioni anzitutto, delle forze economiche, dei corpi sociali, di ciascuno di noi», si invocano «[s]erietà, collaborazione, e anche senso del dovere» e si sottolinea la necessità che «ciascuno faccia la propria parte», «cambia[ndo] ciò che va cambiato, rimettendo[s]i coraggiosamente in gioco»; ma anche, e molto più profondamente, quelli – fondamentali – in cui si afferma che «Non viviamo in una parentesi della storia» (e si noti, ciò contribuendo a rendere ancor più chiaro, preciso e concreto il messaggio, e a renderlo ancor più pertinente ai nostri fini, che l’immagine della “parentesi”, che qui compare per la seconda volta nel messaggio presidenziale, era stata utilizzata, poco prima, nel passaggio in cui si ricordava che «L’arrivo dell’estate ha portato con sé *l’illusione* dello scampato pericolo, un diffuso *rilassamento*. Con il *desiderio*, comprensibile, di *ricominciare a vivere come prima*», e, appunto, «di porre tra *parentesi* questo *incubo*»: incubo che invece, come si dirà poco più avanti nella frase da cui abbiamo preso le mosse... *è la realtà*»), e si afferma, in implicita e pregnante antitesi, che «Questo è tempo di costruttori»; a ciò aggiungendosi, con fermezza assai significativa (specie considerando l’estrema cura nella scelta di ogni parola), che «*Non sono ammesse distrazioni*. Non si deve *perdere tempo*. Non vanno *sprecate energie e opportunità* per inseguire *illusori vantaggi di parte*», poco dopo evocandosi la «sfida che è dinanzi a quanti rivestono ruoli dirigenziali nei vari ambiti»: sfida che, si dice (e ciò ci porta in modo più diretto al terzo punto delle nostre riflessioni finali), «richiama *l’unità morale e civile* degli italiani», con ciò volendosi più specificamente e ancora una volta significativamente evidenziare la necessità non certo «di annullare le diversità di idee, di ruoli, di interessi», «ma di realizzare quella *convergenza di fondo* che ha permesso al nostro Paese di superare momenti storici di grande, talvolta drammatica, difficoltà» (e a tale allusione non può non ricollegarsi chiaramente, e in via davvero conclusiva, il passaggio in cui il Presidente afferma, indicando l’unica strada non per “uscire dall’incubo”, ma per “cambiare la realtà”... partendo, se si vuole, da un “sogno già sognato”, e però mai pienamente realizzato e sempre attuale, per non dire *sempre più* attuale: «Dal Risorgimento alla Liberazione: le radici della nostra Costituzione. Memoria e consapevolezza della nostra identità nazionale ci aiutano per costruire il futuro»).

Patrizia Magarò

L'elezione del 46° Presidente degli Stati Uniti: luci e ombre di un “*momentous event*” nella storia della democrazia americana*

ABSTRACT: *This essay examines some constitutional issues and problematic aspects of the presidential election in 2020, devoting specific attention to the transition process, the effects of the electoral lawsuits, the Electoral College procedure and the counting of the electoral votes in Congress.*

The analysis also takes into consideration the institutional consequences of the Jan. 6 attack on U.S. Capitol and the escalation of tensions between the Legislative and the Executive branches of government.

SOMMARIO: 1. Le elezioni presidenziali nel contesto pandemico. – 2. L’*Election Day* del 3 novembre 2020: aspetti di una crisi istituzionale annunciata. – 3. Alcuni profili problematici del contenzioso post-elettorale. – 4. Dalla riunione dell’*Electoral College* all’assalto al Campidoglio. – 5. La reazione di un Congresso “oltraggiato” a un Presidente “piromane della democrazia”. – 6. L’*Inauguration Day*: *stress test* finale del sistema costituzionale statunitense.

1. *Le elezioni presidenziali nel contesto pandemico.*

L’*Inauguration Day* del 20 gennaio 2021, con il giuramento e l’ingresso alla Casa Bianca di Joe Biden, segna la fine di un processo “epocale”, fra i più tormentati nella storia statunitense, non solo per lo scenario inedito in cui si è svolto, segnato dalla pandemia COVID-19, ma anche per i numerosi (e spesso privi di precedenti) profili problematici, sul piano costituzionale, che hanno accompagnato le diverse fasi in cui si articola l’*iter* dell’elezione presidenziale, oltre che per il tragico atto di “terrorismo domestico” e di oltraggio al Congresso – il luogo più simbolico della democrazia USA – del 6 gennaio scorso.

La fase iniziale del complesso (e solo in parte regolato dalla Costituzione) procedimento per l’elezione del *Commander in Chief* degli Stati Uniti d’America ha coinciso, nei primi mesi del 2020, con il deflagrare dell’emergenza sanitaria, che ha costretto gli Stati della Federazione a posticipare gli appuntamenti elettorali per lo svolgimento delle primarie e a riprogrammare i *caucuses* per la selezione dei delegati alle *party conventions*, nonché a conciliare le modalità di espressione del voto con le esigenze di sicurezza, in particolar modo estendendo e rendendo più agevole il ricorso al voto *by mail*¹.

La campagna elettorale dei *presidential candidates* dei due principali partiti – il democratico Joe Biden (in seguito alla sua *nomination*, nell’agosto 2020, nel corso della *democratic national convention* svoltasi per la prima volta in modalità *all-virtual*) e il Presidente *incumbent*, il repubblicano Donald Trump – si è svolta in un contesto di grande incertezza, in ragione dei fattori contingenti legati alla pandemia. La positività di Trump e di parte del suo *staff* al COVID-19, a un mese dall’*Election Day* del 3 novembre, ha prefigurato un possibile scenario denso di ulteriori tensioni: nella linea di successione stabilita dal *Succession Act* del 1947, in caso di contemporanea “*removal, death, resignation or inability*” di Presidente e Vice Presidente, la carica di Capo dello Stato sarebbe stata infatti assunta dalla *Speaker* della Camera dei Rappresentanti, la democratica Nancy Pelosi².

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.

¹ Si veda al riguardo L. PAIGE WHITAKER, *Election 2020 and the COVID-19 Pandemic: Legal Issues in Absentee and All-Mail Voting*, Congressional Research Service, Washington D.C., May 15, 2020, 2, anche in riferimento alle controversie sul voto postale, sorte negli Stati in occasione dello svolgimento delle primarie. Sull’espansione del *mail voting* cfr. K. L. SHANTON, S. J. ECKMAN, *Mail Voting and COVID-19: Developments and Potential Challenges*, Congressional Research Service, Washington D.C., April 23, 2020.

² A tale proposito, si veda S. V. LEVINSON, *If Trump and Pence both get very sick, it’s not clear who would be president*, in [The Washington Post](#) 20 maggio, 2020. Sul *Succession Act* si vedano in particolare le osservazioni critiche di A. R. AMAR, V. D. AMAR, *Is the Presidential Succession Law Constitutional?* in [Stanford Law Review](#), Vol. 48, No. 1, 1995, 113-139, i quali sostengono la non conformità alla Costituzione della legge del 1947; l’art. II della Carta del 1787

Tenuto conto del perdurare dell'emergenza sanitaria (la cui stessa gestione è stata oggetto di contrapposta polarizzazione politica e sociale), era facilmente prevedibile un massiccio ricorso al voto per corrispondenza in occasione dell'appuntamento elettorale del 3 novembre, con il conseguente allungamento dei tempi per lo scrutinio e la certificazione del risultato finale.

Al riguardo pare utile osservare che il *mail voting* costituisce una realtà ampiamente consolidata – anche se disciplinata in maniera articolata³ – negli Stati membri della Federazione⁴ e in quattro di essi (Colorado, Hawaii, Oregon e Washington) rappresenta la modalità ordinaria di espressione del voto.

Dall'esperienza degli ultimi due decenni, emerge che il voto per posta non ha avvantaggiato alcun partito⁵, né favorito irregolarità del processo elettorale (la percentuale di manipolazioni e falsificazioni elettorali, secondo recenti studi, oscillerebbe fra lo 0.00000013% e lo 0.00000017%⁶); aspetto problematico viene ritenuto invece quello connesso alla sua totale dipendenza dallo *United State Postal Service*, l'agenzia esecutiva federale incaricata della fornitura del servizio postale (che l'art. I, sez. 8, assegna alla competenze dello *US government*).

Tutto ciò premesso, va rilevato che la campagna elettorale di Trump è stata largamente dominata dalla retorica dell'opposizione al voto postale, definito nei suoi corrosivi *twitter* (sin dall'aprile 2020) “*inaccurate*” e “*fraudulent*”⁷, senza mai fornire concrete prove a sostegno di tali affermazioni. Ritenendo che, a causa dell'epidemia COVID-19, l'ampio ricorso al voto per corrispondenza (fortemente promosso dal partito democratico, il cui elettorato è più sensibile al tema del pericolo sanitario) implicasse seri rischi di frodi elettorali, il Presidente ha perfino prospettato l'ipotesi di un rinvio delle elezioni di novembre. Tale proposta è però apparsa sin da subito politicamente assai improbabile e costituzionalmente problematica. Il potere di assumere una simile decisione non può farsi infatti rientrare nelle competenze, neppure in caso di emergenza, dell'Esecutivo, in quanto la data del *Federal Election Day* – “*on the Tuesday next after the first Monday in the month of November*” – è fissato in una legge federale del 1845⁸, che solo il Congresso può modificare (e ciò

richiede al Congresso di individuare un “*officer*” per la successione nella carica di Presidente e del Vicepresidente, categoria che non comprenderebbe i membri del Congresso, in quanto “*elected officials and not presidential appointees*”. Per una replica a tale tesi e la ricostruzione della “*debatable question*” in oggetto, si faccia riferimento a J. F. MANNING, *Not Proved: Some Lingering Questions about Legislative Succession to the Presidency*, in [Stanford Law Review](#), Vol. 48, No. 1, 1995, 141-153.

³ Nella categoria del voto *by mail* va distinto l'*absentee voting* dall'*all mail voting* (o *universal mail-in voting*). Il “voto per assenza” implica un'espressa richiesta dell'elettore di avvalersi di tale modalità di voto, in genere consentito a chi non possa recarsi alle urne a causa di un comprovato impedimento (ma in realtà in quasi due terzi degli Stati è previsto il “*no excuse absentee vote*”, esonerando il richiedente dal fornire una giustificazione). Nel “voto per corrispondenza” propriamente detto, invece, le autorità locali inviano automaticamente le schede elettorali agli aventi diritto. Le leggi statali prevedono discipline differenti anche relativamente all'*early voting* (cioè alla possibilità di esprimere il voto prima del giorno stabilito per le elezioni), alle procedure e ai termini di invio e ricezione del voto postale. Per una rassegna delle legislazioni statali sul tema, si veda quanto pubblicato dalla *National Conference of State Legislatures* sul suo [sito web](#), nelle sezioni “[Voting Outside the Polling Place: Absentee, All-Mail and other Voting at Home Options](#)”, “[States With All-Mail Elections](#)”, “[State Laws Governing Early Voting](#)”.

⁴ Va ricordato sul punto che la *Election Clause* stabilita nell'art. I, sez. 4, della Costituzione prevede che “i tempi, i luoghi e le modalità per le elezioni dei Senatori e dei Rappresentanti saranno stabiliti in ciascuno Stato dal Legislativo locale; ma in ogni tempo il Congresso potrà con legge disporre o modificare la relativa disciplina, salvo che per la sede dell'elezione dei Senatori”. Su tale clausola (che consente alla Federazione di intervenire, per disciplinare le elezioni federali), considerata “*the Swiss army knife of federal election law*”, si vedano le osservazioni di M. T. MORLEY, in [Northwestern University Law Review](#), Vol. 109, No. 3, 847.

⁵ Cfr. D. M. THOMPSON, J. YODER, J. WU, A. B. HALL, *The neutral partisan effects of vote-by-mail: evidence from county-level rollouts*, Stanford Institute for Economic Policy Research, Working Paper No. 20-015, April, 2020.

⁶ Si veda lo studio del BRENNAN CENTER FOR JUSTICE, [Debunking the Voter Fraud Myth](#), January, 31, 2017.

⁷ In un *tweet* del 30 luglio 2020, il Presidente Trump ha comunque distinto il voto *by mail* (*universal mail-in voting*) dal voto per assenza, opponendosi solo al primo. Sulla distinzione fra le due modalità di voto v. *supra*, nota 3.

⁸ Cfr. US CONGRESS, January 23, 1945, [An act to establish a uniform time for holding elections for electors of President and Vice President in all the States of the Union](#). “*Election Day*” è il giorno stabilito dalla legge per le “*general elections*”, l'elezione dei “*public officials*” federali (Presidente, Vicepresidente e Congresso), negli Stati Uniti d'America. La Costituzione consente agli Stati di scegliere “*times, places and manner of holding elections for Senator and Representatives*”, ma autorizza il Congresso a dettare al riguardo una disciplina destinata a prevalere su quelle statali e a stabilire le date sia per la scelta degli elettori presidenziali che per la loro riunione al fine di esprimere il voto per il

risultava assai difficile nel 2020, con una Camera dei rappresentanti a maggioranza democratica). Va comunque tenuto conto del fatto che solo attraverso un emendamento costituzionale appare possibile stabilire un termine diverso dal “mezzogiorno del 20 gennaio” per la fine del mandato del Presidente in carica⁹.

In un simile contesto, studi e simulazioni (sviluppate anche da società tecnologiche) hanno cercato di dimostrare che, a causa dell’accentuato *partisan split* fra i repubblicani e i democratici nell’approccio al voto postale, lo scrutinio durante l’*Electoral Night* del 3 novembre avrebbe molto probabilmente aperto uno scenario (definito, con diversa sfumatura cromatica, come “*red mirage*”¹⁰ o “*big blue shift*”¹¹), caratterizzato da un elevato tasso di scontro politico e istituzionale. I voti espressi di persona da elettori già convinti o indotti a sottovalutare il rischio COVID-19 – certamente conteggiati prima di quelli inviati via posta – avrebbero dato a Trump l’illusione di assumere un forte vantaggio (al punto magari da indurlo a dichiarare anticipatamente la vittoria); questo era destinato tuttavia a ridursi progressivamente e poteva perfino spostarsi il risultato finale, con un’elevata probabilità di pretestuosa contestazione del voto da parte del Presidente in carica.

Il tema del voto per posta e la stessa pandemia COVID-19 hanno ulteriormente accentuato una polarizzazione che si era già intensificata in maniera “insolita” negli Stati Uniti d’America negli ultimi decenni (degenerando per certi aspetti in una vera e propria tribalizzazione della politica, anche grazie alla diffusione dei *social media* e agli effetti delle loro *echo chambers*). Essa affonda però le sue radici nelle linee di faglia di carattere razziale, ideologico e religioso che da sempre hanno segnato la società statunitense e che dagli anni ’60 del secolo scorso sono divenute senza soluzione di continuità sempre più pronunciate.

I fattori di divisione sociale – la cui ricomposizione non è stata favorita dalle politiche e dalla comunicazione dell’amministrazione Trump – sono divenuti ancor più preoccupanti nel contesto storico segnato dalla crisi economica connessa a quella sanitaria, dal movimento *Black Lives Matter*, dal diffondersi di teorie complottiste e di un universo tanto variegato quanto inquietante di compagini estremiste (in un Paese in cui la crisi pandemica ha spinto cinque milioni di persone ad acquistare un’arma da fuoco per la prima volta¹²).

2. L’Election Day del 3 novembre 2020: aspetti di una crisi istituzionale annunciata.

L’art. II, sez. 1 della Costituzione statunitense, come modificato dal XII emendamento nel 1804, stabilisce le modalità per l’elezione del Presidente e del Vicepresidente, richiedendo a ciascuno Stato della Federazione di “*appoint, by whatever means the legislature chooses*”, un numero di *electors*

Presidente e Vicepresidente. Stabilendo una data uniforme per la designazione degli elettori presidenziali, l’elezione dei membri della Camera dei rappresentanti e il rinnovo di un terzo del Senato, il Congresso ha inteso apprestare una garanzia contro “*frauds and abuses*” nell’elezione del Presidente e del Vicepresidente. Cfr. J. M. STONECASH, J. E. BOSCARINO, R. T. KERSH, *Congressional Intrusion to Specify State Voting Dates for National Offices*, in *Publius*, vol. 38, no. 1, 2008, 148. La legge del 1845 ha stabilito inoltre che “*neither the Constitution nor Congress provides [...] any power to the President or other federal officials to change this date outside of Congress’s regular legislative process*”. Il 3 novembre 2020, si è votato anche per il rinnovo della Camera dei Rappresentanti, di un terzo del Senato e, in molti Stati, si sono svolte le elezioni di Governatori, Assemblee legislative, altre cariche locali e giudici, nonché numerose *ballot measures*.

⁹ A tale riguardo si veda, ad esempio, J. D. SHELLY, *Postponing Federal Elections and the COVID-19 Pandemic: Legal Considerations*, Congressional Research Service, Washington D.C., March 20, 2020.

¹⁰ L’espressione “*red mirage*” è stata impiegata, nell’agosto 2020, nelle ricerche e analisi sviluppate dalla società tecnologica statunitense Hawkfish, illustrate sul [sito web di quest’ultima](#).

¹¹ L’espressione “*blue shift*” è stata coniata, nel 2013, da E. B. FOLEY e impiegata nel suo studio *A Big Blue Shift: Measuring an Asymmetrical Increasing Margin of Litigation*, in *Journal of Law and Politics*, Vol. XXIII, 2013, 501-546. Relativamente alle elezioni del 2020, si veda, dello stesso Autore, il saggio *Preparing for a Disputed Presidential Election: An Exercise in Election Risk Assessment and Management*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 51, 2, 2019, 309-362.

¹² I dati sono stati rilasciati dalla NSSF, *The Firearm Industry Trade Association* e sono peraltro riferiti ai soli primi sette mesi del 2020.

pari al totale dei suoi rappresentanti al Congresso (attualmente i “grandi elettori sono 538, inclusi i tre elettori spettanti al *District of Columbia*).

Poiché gli Stati hanno tutti adottato, da centocinquant’anni, il sistema dell’investitura diretta dei “grandi elettori presidenziali”, durante l’*Election Day* i cittadini dell’intera Federazione scelgono i membri dell’*Electoral College*. Con tale formula – che non compare nella Costituzione – si indica il “processo” (non il luogo fisico) attraverso il quale gli *electors*, il “*first Monday after the second Wednesday*” del successivo mese di dicembre, nei rispettivi Stati, esprimono il loro voto per il Presidente e il Vice presidente; le schede vengono quindi trasmesse a Washington e il Congresso, a gennaio, riunendosi in sessione congiunta, procede al loro conteggio, proclamando vincitore il candidato che abbia ottenuto la maggioranza assoluta dei voti dei “grandi elettori”.

Il sistema indiretto di elezione del Presidente¹³ (da molti ritenuto un *undemocratic anachronism*, oggetto nel tempo di diverse proposte di riforma¹⁴) non impedisce tuttavia di conoscere di fatto il nome del nuovo inquilino della Casa Bianca già al termine dello spoglio dei voti espressi per gli elettori presidenziali.

Ciò è possibile perché tutti gli Stati membri hanno fatto della scelta dei grandi elettori lo strumento di un’elezione popolare, organizzata in modo da corrispondere alla scelta dei candidati Presidenti operata dalle *conventions* nazionali dei partiti politici, al punto che i nomi dei candidati Elettori neppure compaiono sulla scheda elettorale presentata ai cittadini al momento del voto. La quasi totalità degli Stati ha inoltre adottato, per l’elezione dei rispettivi grandi elettori, il sistema “*winner-take-all*” o “*general ticket*” – ad eccezione del Maine e del Nebraska che utilizzano il “*district system*” – in base al quale tutti gli elettori vengono assegnati alla lista (collegata a un *ticket* di candidati alla Presidenza e Vice Presidenza) che ottiene il maggior numero di voti¹⁵.

In secondo luogo, gli *electors*, con rarissime eccezioni, hanno votato per il candidato che si sono impegnati a sostenere, pur non essendo comunque formalmente obbligati dalla Costituzione a rispettare la volontà popolare. Quasi la metà degli Stati ha introdotto leggi volte a sanzionare il comportamento dei cd. “*faithless*” o “*unfaithful*” *electors* (opzione ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte Suprema¹⁶), ma non risulta che gli “elettori sleali” abbiano finora influenzato l’esito di un’elezione presidenziale¹⁷.

¹³ La normativa costituzionale e legislativa relativa alle elezioni presidenziali è reperibile, ad esempio, nella raccolta “[The 2020 Presidential election. Provisions of the Constitution and U.S. Code](#)”, pubblicata nel luglio 2020 dal *National Archives and Records Administration (NARA)*.

¹⁴ Per una ricostruzione del dibattito dottrinale statunitense e l’illustrazione delle varie proposte di riforma dell’*Electoral College* si veda, in particolare, THOMAS H. NEALE, *The Electoral College: Contemporary Issues for Congress*, Congressional Research Service, Washington D.C., October 6, 2017. Sulle ragioni a favore del mantenimento dell’attuale sistema, si veda, ad esempio, ROBERT F. WEINHAGEN JR., *Should the Electoral College Be Abandoned?*, in [American Bar Association Journal](#), Vol. 67, No. 7, 1981, 852-857. Si veda altresì R. BENNETT, *Chi elegge il Presidente degli Stati Uniti? Il problema del collegio elettorale*, Milano, 2009.

¹⁵ Sul punto si veda, ad esempio, T. H. NEALE, *The Electoral College: How It Works in Contemporary Presidential Elections*, Congressional Research Service, Washington D.C., May 15, 2017, 10-12. Più ampiamente, v. S. MULROY, *Rethinking US Election Law. Unskewing the System*, Northampton, 2020.

¹⁶ U.S. SUPREME COURT, *Chiafalo v. Washington*, No. 19–465, July 6, 2020. Per un articolato commento della sentenza si veda R. TONIATTI, *La Corte Suprema conferma la sanzionabilità dei componenti “infedeli” dell’Electoral College presidenziale*, in [Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale](#), in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, VI, Genova, 2020, 141 ss.,

¹⁷ Cfr. T. H. NEALE, *The Electoral College*, cit., 8, il quale ricorda che, dal 1900, vi è stato un elettore sleale nell’elezione del 1948 e in quelle del 1956, 1960, 1968, 1972, 1976, 1988 e 2004. I dieci “*faithless electors*” nel 2016 hanno rappresentato un’eccezione, destinata a non ripetersi, alla luce della pronuncia della Corte Suprema più sopra richiamata. Per i nomi degli elettori “infedeli” e le ragioni del loro voto, si veda il sito [web FairVote](#) e la sezione *Faithless Electors*.

Per una panoramica sulla legislazione degli Stati relativa agli “elettori sleali” si veda quanto pubblicato sul sito della NCLS, nella sezione dedicata all’[Electoral College](#) nel 2020 e ai “*faithless electors*”.

Sulla progressiva adozione, da parte degli Stati di uno “*uniform faithful presidential electors act*”, si veda la ricostruzione (e le osservazioni) di R. J. DELAHUNTY, *Is the Uniform Faithful Presidential Electors Act Constitutional?*, in [Cardoso Law Review De Novo](#), 129, 2016, 165-196.

L'appuntamento del 3 novembre ha svelato però alcuni profili inediti relativamente ad alcune regole di correttezza politica, il cui rispetto garantisce il lineare svolgimento dei successivi adempimenti richiesti dalla Costituzione per giungere alla proclamazione del Presidente (nonché una “ordinata” transizione).

Si è senza dubbio trattato dell'elezione più partecipata degli ultimi 120 anni, avendo votato oltre 159 milioni di statunitensi (159.633.396, per la precisione, corrispondente al 66,7% degli aventi diritto al voto), dei quali ben 65.642.049 si sono espressi *by mail*.

Il democratico Joe Biden ha ottenuto una maggioranza di 306 grandi elettori rispetto ai 232 di Donald Trump, corrispondente anche alla maggioranza dei voti popolari (81.283.098 contro 74.222.958)¹⁸.

Solo il 7 novembre è stato possibile individuare con chiarezza il candidato vincitore, poiché – come era prevedibile – il massiccio ricorso al voto postale ha determinato rallentamenti nelle operazioni di scrutinio, anche in considerazione del fatto che le legislazioni statali consentono il conteggio delle schede giunte successivamente all'*Election Day*, purché timbrate entro tale data¹⁹.

L'interpretazione dei risultati provvisori richiedeva grande prudenza, specie in riferimento allo scrutinio nei cd. “*swing States*” (o “*battleground*” o “*purple*” *States*, in cui i candidati in genere concentrano gli sforzi della loro campagna elettorale), che non costituiscono tradizionali roccaforti repubblicane e democratiche²⁰. I network televisivi e l'agenzia di stampa *Associated Press* (che per tradizione “dichiarano” il vincitore, non appena accertano, sulla base dei dati provvisori, proiezioni ed *exit polls*, che un candidato abbia raggiunto una maggioranza di 270 grandi elettori) hanno infatti dato prova di una certa cautela nel trarre premature conclusioni dal conteggio iniziale dei voti in molti Stati.

Ritenendo di avere un margine di vantaggio sufficiente sull'avversario, Trump si è invece “autoproclamato” vincitore, senza attendere il termine dello scrutinio e anzi (in una convulsa comunicazione alimentata a colpi di *tweets*) ha avanzato la richiesta, senza precedenti, di interrompere le operazioni di conteggio, lanciando l'accusa di brogli e corruzione nel caso in cui lo spoglio dei voti rimanenti lo avesse smentito.

Le accuse di frodi e irregolarità nel procedimento elettorale (il cui corretto svolgimento era stato invece accertato, il giorno precedente, dall'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa²¹), insieme all'annuncio della proposizione di azioni legali in molti Stati per difendere “*the integrity of the election*”, sono state quindi ribadite in un commento ufficiale del 5 novembre²², mentre nel Paese crescevano le proteste e si moltiplicava la diffusione di *fake news*.

Neppure dopo i più definiti risultati dello spoglio del 7 novembre e l'ufficiosa proclamazione del vincitore, come da tradizione, da parte dei media, Trump ha acconsentito al tradizionale *concession speech* a favore dell'avversario, un *rite of capitulation*²³ cui mai nessun Presidente si era finora sottratto.

¹⁸ Biden ha ottenuto il 51,3% dei voti popolari, contro il 46,8% di Trump. I casi in cui il candidato con più voti popolari non è stato eletto Presidente sono rari negli Stati Uniti. Tale situazione – che i critici del sistema del Collegio elettorale definiscono “*wrong winner*” o “*electoral college misfire*” – si è verificata nel 1824, 1876, 1888, quindi, dopo una lunga pausa, nel 2000 e, infine, nel 2016. Sul tema, si veda, ampiamente, D. W. ABBOTT, J. P. LEVINE, *Wrong Winner, The Coming Debacle in the Electoral College*, New York, 1991 e N. R. PEIRCE, L. D. LONGLEY, *The People's President, The Electoral College in American History and the Direct Vote Alternative*, New Haven, 1980.

¹⁹ Per le diverse scadenze stabilite dalle legislazioni statali relativamente all'invio e all'accettazione del voto postale si veda quanto riportato sul sito [Vote.org](https://www.vote.org).

²⁰ Gli analisti avevano individuato, prima delle elezioni, una dozzina di *swing states* (fra le molte previsioni, si vedano ad esempio quelle del [Cook Political Report, 2020 Electoral College Ratings](https://www.cookpolitical.com/reports/2020-electoral-college-ratings), aggiornato 7 luglio 2020). Sono infine risultati cruciali l'Arizona, la Georgia, il Michigan, il Nevada, la Pennsylvania e il Wisconsin.

²¹ Cfr. OSCE, *International Election Observation Mission, United States of America – General Elections, 3 November 2020*, Statement of Preliminary Findings and Conclusions, 4 November 2020.

²² Cfr. [Remarks by President Trump on the Election](https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2020/11/05/), November 5, 2020.

²³ Cfr. M. L. MIRER, L. BODE, *Tweeting in defeat: How candidates concede and claim victory in 140 characters*, in *New Media & Society*, 17 (3), 2015, 456. Sul tema, ampiamente, si veda J. VILE, *Presidential Winner and Losers: Word of Victory and Concession*, Washington D.C., 2002.

Si tratta di un “*reciprocal ritual*” nella politica americana volto a rappresentare simbolicamente – e pubblicamente – la fine di un’elezione, il riconoscimento della legittimità del processo elettorale, l’accettazione del risultato e soprattutto l’avvio della transizione presidenziale.

Il rituale include “*conventions*” di tipo procedurale (ad esempio, lo sconfitto deve concedere la vittoria per primo e pubblicamente, dopo aver atteso la chiusura dei seggi) e sostanziale (oltre al ringraziamento dei sostenitori e l’impegno nel continuare ad affermare le politiche oggetto della campagna elettorale, è fondamentale che il perdente faccia appello alla “unità”, esprimendo supporto all’avversario e celebri, con toni solenni, il valore della democrazia).

Le dichiarazioni del Presidente in carica di non voler riconoscere la vittoria dello sfidante (cui hanno fatto eco, il 10 novembre, le parole del *Secretary of State*, asseritamente pronto ad avviare “una transizione di poteri verso una seconda amministrazione Trump”), hanno rappresentato un evento senza precedenti dal 1896, dalla prima volta cioè in cui un candidato sconfitto nella corsa presidenziale, William Jennings Bryan, inviò al suo avversario, William McKinley, un telegramma di congratulazioni, due giorni dopo le elezioni. L’evoluzione dei mezzi di comunicazione ha rivestito di forme nuove la tradizione in oggetto, che si è servita nel tempo della radio, del cinegiornale, quindi della diretta televisiva.

Ciò che più conta è però il fatto che la mancata “*concession*” pubblica del Presidente Trump non ha significato soltanto il rigetto di una tradizionale formula della vita politica statunitense, dai larghi echi mediatici, ma ha impedito l’accertamento di un momento costitutivo ai fini del corretto (e rapido) avvio della transizione presidenziale, una fase che, per il suo indubbio rilievo costituzionale, è stata oggetto di una ben precisa disciplina legislativa.

Per consentire il passaggio di consegne fra l’amministrazione uscente e quella entrante, in una società preindustriale, in cui erano necessari tempi lunghi per gli spostamenti, la data di insediamento del Presidente era originariamente fissata al 4 marzo. Il XX emendamento, adottato nel 1933, ha ridotto il periodo di transizione, fissandone il termine al 20 gennaio, data dell’*Inauguration Day*, in cui si svolge la cerimonia di giuramento del Presidente neoeletto.

Al fine di favorire un “ordinato” trasferimento del potere esecutivo (specie avendo riguardo alle sue conseguenze sul piano della sicurezza nazionale, in un’epoca caratterizzata dalle tensioni della “guerra fredda”), il Presidente Kennedy promosse l’istituzionalizzazione del processo di transizione, fino ad allora basato su regole informali.

Ciò avvenne con il “*Presidential Transition Act of 1963*”²⁴ (oggetto di successive modifiche), il quale disciplina la transizione presidenziale per garantirne uno svolgimento “ordinato”, in modo “da assicurare continuità nella fedele esecuzione delle leggi e nella condotta degli affari interni e internazionali del Governo federale” e così impedire che “una qualsiasi interruzione causata dal trasferimento del potere esecutivo possa determinare danni alla sicurezza e al benessere degli Stati Uniti e del suo popolo”.

L’obiettivo principale della legge è consentire al nuovo Presidente (e al suo *team*) di accedere sin dopo l’*Election Day* alle risorse finanziarie e agli strumenti necessari per acquisire una comprensione completa dell’organizzazione dell’amministrazione federale e completare efficacemente la transizione in vista del suo insediamento ufficiale.²⁵

²⁴ Public Law 88-277, *An Act to promote the orderly transfer of the executive power in connection with the expiration of the term of office of a President and the inauguration of a new President*. Il progetto di legge è stato presentato nel 1963 ed è entrato in vigore nel 1964, con la firma di Lyndon Johnson, che aveva assunto la Presidenza dopo l’assassino di John F. Kennedy. Per omaggiare quest’ultimo, la stessa legge ha previsto che “*this Act may be cited as the Presidential Transition Act of 1963*”.

²⁵ Per un’indagine sulle *constitutional obligations* connesse alla transizione presidenziale, si veda J. BEERMANN, W. P. MARSHALL, *The Constitutional Law of Presidential Transitions*, in [North Carolina Law Review](#), Vol. 84, No 4, 2006, 1253- 1290. L. E. HALCHIN, *Presidential Transitions: Issues Involving Outgoing and Incoming Administrations*, Congressional Research Service, Washington D.C., May 17, 2017, evidenzia che “*the smooth and orderly transfer of power generally is a notable feature of presidential transitions, and a testament to the legitimacy and durability of the electoral and democratic processes*”. A tale studio si rinvia, per le principali problematiche connesse ai molteplici aspetti della transizione presidenziale.

Il Presidente *incoming* ha a disposizione circa 75 giorni per prepararsi a gestire un apparato molto complesso, accedere ai dossier in materia di sicurezza, predisporre oltre novemila nomine “politiche” (*non competitive appointment*) nell’amministrazione federale, solo in parte sottoposte all’*advice and consent* del Senato e il cui elenco è pubblicato dal Congresso, dopo le elezioni, nel cd. *Plum Book*²⁶.

Il più rilevante adempimento del nuovo Presidente consiste tuttavia senza dubbio nell’elaborazione della proposta di bilancio che, in base a quanto previsto dal *Budget and Accounting Act* del 1921, il Capo dello Stato deve presentare al Congresso, non oltre il primo lunedì di febbraio.

Simile *budget recommendation* (che esprime le priorità presidenziali in riferimento ai vari programmi federali) è il risultato di un articolato scambio dialettico, circa i finanziamenti dei diversi *budget accounts*, fra le varie agenzie governative e l’*Office of Management and Budget (OMB)*, l’agenzia governativa, creata nel 1921 (con il nome di *Bureau of the Budget*), presso il Dipartimento del Tesoro, a sostegno tecnico dell’Esecutivo nella preparazione del bilancio²⁷.

L’Ufficio – che fu trasferito, da parte del Presidente Franklin D. Roosevelt, nel 1939, presso l’*Executive Office* e fortemente rafforzato da Nixon nel 1970 – elabora in concreto il *President’s budget*, che ogni anno si traduce in una serie ponderosa di volumi e materiali differenti: contengono una moltitudine di informazioni dettagliate, concernenti le proposte dell’Esecutivo, consistenti in dati finanziari e contabili relativi ai singoli programmi, in analisi economiche e altri specifici documenti di supporto.

Non stupisce pertanto che uno tra i soggetti incaricati di coordinare il processo di transizione sia proprio l’*OMB*, il cui Direttore, nominato dal Presidente, occupa peraltro una delle posizioni di maggior rilievo nel ramo esecutivo.

In ragione della complessità del processo di transizione, i candidati alla Presidenza si preparano comunque già nei mesi precedenti l’*Election day*, talora cominciando ad organizzare il proprio *transition team* ancor prima di aver ricevuto la *nomination* stessa da parte del partito, nelle *party national conventions* (Biden ha avviato il suo *team* nel giugno 2020).

Formalmente, però (sulla base di quanto stabilito dal *Presidential Transition Act*), la transizione prende avvio nel momento in cui la *General Services Administration (GSA)* – un organismo indipendente a supporto delle agenzie federali – assegna al “*President-elect*” e al “*Vice-President elect*” (come al loro staff) spazi per uffici e finanziamenti per gli oneri relativi al personale e ad altri servizi, autorizzando la spesa di uno stanziamento appositamente previsto nella legge di bilancio che, dai 900.000 dollari iniziali, è aumentato fino a sfiorare i 10 milioni di dollari nel 2020.

La legge pragmaticamente stabilisce che per *President-elect* e *Vice-President-elect* debbano intendersi “*the apparent successful candidates for the office of President and Vice President*”, lasciando che l’accertamento di tale condizione venga compiuto dallo stesso *GSA*, dopo le elezioni, senza aggiungere però ulteriori dettagli; resta così sostanzialmente nelle mani del direttore dell’agenzia federale in oggetto (il cui vertice è di nomina presidenziale) la decisione su chi debba ritenersi il “vincitore”.

In genere il *GSA* assume la sua decisione dopo la “proclamazione” ad opera dei media o la concessione della vittoria da parte del perdente oppure il tradizionale invito rivolto a quest’ultimo dal Presidente uscente a recarsi in visita presso la Casa Bianca.

L’esistenza di contestazioni circa il risultato elettorale può determinare un ritardo in tale adempimento, come in effetti è accaduto nel 2000, quando il *GSA* ha avviato la transizione solo dopo la pronuncia della Corte Suprema *Bush v. Gore* (venendo peraltro all’epoca esclusa la possibilità che l’Agenzia fornisse assistenza a *multiple transition teams*²⁸).

²⁶ Cfr. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 116th Congress, 2d Session, Committee on Oversight and Reform, *Policy and Supporting Positions*, December 2020.

²⁷ Sull’origine, l’evoluzione e l’attività dell’*OMB*, “*powerful arm of the presidency*”, si veda ad esempio lo studio del WHITE HOUSE TRANSITION PROJECT e del KINDER INSTITUTE ON CONSTITUTIONAL DEMOCRACY, [The Office of Management and Budget. An Insider’s Guide](#).

²⁸ Cfr. *GSA, Authority of the General Services Administration to Provide Assistance to Transition Teams of Two Presidential Candidates, Memorandum Opinion for the Counsel to the President*, November 28, 2000.

L'assenza di un *concession speech* del Presidente uscente Trump ha gettato ancor più ombre (e polemica) sul ritardo²⁹ nella firma della lettera di autorizzazione (dai toni peraltro, a tratti, poco "istituzionali") da parte del *chief executive* del GSA, decisione resa pubblica solo il 23 novembre³⁰.

Ciò non sembra aver favorito la "leale cooperazione" dell'amministrazione federale con il *team* di transizione. Alle accuse di scarsa collaborazione (se non di vera e propria "ostruzione") mosse da Biden, il direttore dell'OMB ha ufficialmente replicato, in una lettera del 31 dicembre³¹, che il compito dell'agenzia non consiste nell'"aiutare il *team* nella elaborazione del bilancio"; traspare l'intento polemico di ridimensionare il ruolo svolto dall'organismo nella fase di transizione presidenziale (ruolo che invece, come abbiamo più sopra evidenziato, appare assolutamente strategico).

3. Aspetti problematici del contenzioso post-elettorale.

Il contenzioso avviato, dopo il voto del 3 novembre, dal comitato elettorale di Trump e dal *Republican National Committee* – soprattutto nei *battleground States* in cui Trump è risultato sconfitto – si è aggiunto a quello, altrettanto cospicuo, che ha segnato i mesi precedenti l'*Election Day*³².

Anche per tale ragione, le fasi successive in cui si articola il procedimento per l'elezione del Presidente hanno ricevuto un'insolita attenzione mediatica; procedure in genere percepite come meri adempimenti formali sono divenute oggetto di un rinnovato interesse, non solo da parte dei costituzionalisti³³.

Tra i diversi scenari che si erano all'inizio ipotizzati, alcuni apparivano abbastanza improbabili, poiché la disciplina del processo di elezione del Presidente contempla vari meccanismi per risolvere le controversie; permanevano tuttavia lacune e ambiguità, che potevano di fatto costringere a percorrere sentieri finora inesplorati sul piano costituzionale.

L'*Electoral Count Act* del 1887 richiede agli "executive" di ciascuno Stato (lo *state's chief election official*, che in genere è il Governatore) di certificare i risultati ufficiali del voto, mediante un *Certificate of Ascertainment*, inviato a Washington, in cui vengono indicati i nomi dei grandi elettori scelti dai cittadini e i voti da essi ricevuti³⁴.

Va da sé che tale cruciale adempimento mette sotto pressione soprattutto gli Stati in cui vi siano contestazioni del voto e che perciò rischiano di giungere all'appuntamento previsto dalla Costituzione per la riunione del Collegio elettorale senza un'identificazione ufficiale della rispettiva delegazione

²⁹ Cfr. L. REIN, J. O'CONNELL, J. DAWSEY, *A little-known Trump appointee is in charge of handing transition resources to Biden – and she isn't budging*, in [The Washington Post](#), 9 novembre 2000.

³⁰ V. la [lettera](#) di Emily W. Murphy, *Administrator* della U.S. General Services Administration.

³¹ La lettera del Direttore dell'OMB, Russel T. Vought, indirizzata al senatore democratico Ted Kaufman (capo del *team* di transizione di Biden) è reperibile all'indirizzo

³² Per una rassegna del contenzioso relativo alle elezioni del 2020 si veda, ad esempio, la sezione "[Current Litigation](#)", curata dallo *Standing Committee on Election Law*, dell'*American Bar Association*; si veda anche il [2020 Election Litigation Tracker](#) (un progetto congiunto, a cura dell'*Election Law at Ohio State* e *SCOTUSblog*). Un utile *court case tracker* è poi il [Voting rights Litigation 2020](#), del *Brennan Center for Justice*. Un'analisi sviluppata da A. GOMEZ e K. MCCOY per [USA TODAY](#) ha censito, dal primo gennaio al 23 ottobre 2020, 230 cause legali relative alle elezioni federali. Sul rischio di contestazioni elettorali, si vedano le riflessioni – alla luce della legislazione elettorale degli Stati – di R. ALTIERI, S. R. ANDERSON, T. CARNEY, E. HALLIDAY, C. MAYBERRY, N. SOBEL, *The State Laws That May Decide a Disputed 2020 Election*, in [Lawfare](#), October 2, 2020.

³³ Tra i tanti ad aver annunciato una *disputed election*, nel 2020, si veda, in particolare L. DOUGLAS, *Will He Go? Trump and the Looming Election Meltdown in 2020*, New York, 2020; si veda anche J. E. FINN, *The case of Biden versus Trump – or how a judge could decide the presidential election*, in [The Conversation](#), 22 settembre 2020.

³⁴ Ciascuno Stato invia quindi il proprio certificato ufficiale relativo al conteggio dei voti al Vice Presidente (in qualità di Presidente del Senato), al *secretary of state* statale, all'*Archivist of the United States* e al "judge of the district in which the electors shall have assembled" (cfr. 3 U.S.C. §11 – *Disposition of certificates*). I *Certificates of Ascertainment* devono pervenire a Washington entro il 28 dicembre e quelli con i nomi degli elettori presidenziali selezionati nel 2020 da ciascuno Stato sono accessibili sul sito della [National Archives and Records Administration](#).

di grandi elettori (ipotesi che, come vedremo più avanti, potrebbe aprire una crisi costituzionale dai contorni del tutto indefiniti, oggetto di interpretazioni divergenti da parte della dottrina).

Proprio al fine di evitare ciò, la legge ricordata ha inteso stimolare gli Stati ad adottare norme capaci di assicurare rapida soluzione alle controversie elettorali legate alla scelta degli elettori presidenziali, le quali devono essere risolte entro il sesto giorno stabilito per la riunione del Collegio elettorale.

Simile cd. “*safe harbor deadline*”³⁵ va compresa alla luce di quanto accadde nel corso delle elezioni presidenziali del 1876³⁶, quando i voti di alcuni Stati furono oggetto di contestazione al Congresso, che – in assenza di una disciplina normativa di riferimento per risolvere la controversia – decise di creare una commissione speciale, composta da membri del Legislativo e giudici della Corte Suprema, al fine di poter assegnare a un candidato il voto dei grandi elettori statali.

La legge federale adottata l’anno successivo (ritenuta da alcuni “straordinariamente complessa”, da altri, più causticamente, del tutto “inintelligibile”³⁷) ha voluto lasciare agli Stati la responsabilità nella risoluzione delle dispute elettorali, ma allo stesso tempo sollecitarli a risolverle “*as soon as practicable*”, prevedendo che le liste di grandi elettori certificate entro la data del cd. “porto sicuro” diventino definitive (“*conclusive*”) e non possano venir contestate dal Congresso.

Anche per tale ragione, gli Stati hanno ad esempio previsto meccanismi di riconteggio automatico, qualora la differenza percentuale tra i voti assegnati alle liste di elettori presidenziali sia inferiore a una certa soglia.

Tutti gli Stati – anche quelli sui quali si è maggiormente concentrata la pressione dell’azione legale promossa da Trump – sono riusciti a completare il processo di nomina degli elettori presidenziali entro la data di “*safe harbor*” (ossia l’8 dicembre, in vista della riunione del Collegio elettorale il successivo 14).

La Costituzione e la legge federale non sembrano però offrire soluzione nel caso in cui, ad esempio, il Legislativo statale intenda opporsi alla certificazione del voto da parte del governatore (ipotesi che in astratto non sarebbe da escludere, qualora le due istituzioni esprimano due maggioranze politiche diverse) e quindi predisponga una parallela lista di “elettori presidenziali” da trasmettere a Washington, per il candidato alla Presidenza e Vice Presidenza.

Si è andati molto vicino a tale ipotesi nelle elezioni presidenziali del 2000. Si rischiava infatti un’inedita crisi costituzionale, se la Corte Suprema non avesse ordinato, nella sentenza *Bush v. Gore*, l’interruzione del riconteggio dei voti³⁸, qualche giorno prima della riunione del Collegio elettorale.

A ben vedere, un precedente può forse rinvenirsi nelle elezioni del 1960, quando le Hawaii presentarono al Congresso due liste di elettori presidenziali, una sola delle quali era stata certificata come valida dal governatore dello Stato. Il giorno previsto per la riunione del Collegio elettorale, non essendo stata ancora definita la controversia sul conteggio dei voti, entrambi i “gruppi” di *electors* delle due liste si sono espressi e i loro voti inviati al Legislativo federale. La certificazione definitiva del governatore statale è avvenuta successivamente, ma comunque prima della data prevista per la *joint session* del Congresso. In tale sede, il Vicepresidente – senza l’intento espresso di creare un

³⁵ Cfr. 3 U.S.C. § 5 - *Determination of controversy as to appointment of electors*. Sui profili problematici della “*safe harbor provision*” cfr. D. P. TOKAJI, *An Unsafe Harbor: Recounts, Contests, and the Electoral College*, in [Michigan Law Review First Impression](#), Vol. 106, 2008, 84-89.

³⁶ Per un’ampia ricostruzione della vicenda, del contesto storico e del compromesso cui giunse il Congresso nel 1877, si veda ad esempio W. H. REHNQUIST, *Centennial Crisis: The Disputed Election of 1876*, New York, 2005.

³⁷ Si veda sul punto – e, più in generale, su vari aspetti problematici relativi all’*Electoral Count Act* – lo studio di S. A. SIEGEL, *The Conscientious Congressman's Guide to the Electoral Count Act of 1887*, in [Florida Law Review](#), Vol. 56, 2004, 541-671.

³⁸ Per una ricostruzione della vicenda, si veda, ad esempio, L. D. KRAMER, *The Supreme Court in Politics*, in J. N. RAKOVE (ed.), *The Unfinished Election of 2000*, New York, 2001, 135 ss. Sulla vicenda, v. F. G. PIZZETTI, *Bush V. Gore. Un nuovo caso di federalismo giurisdizionale*, Torino, 2002.

precedente – ha promosso una delibera di accettazione unanime della lista da ultimo validata e trasmessa.³⁹

Di fatto, solo la Carolina del Nord ha inteso deliberatamente evitare di giungere all'appuntamento del Collegio elettorale senza una chiara designazione dei propri elettori presidenziali, nel perdurare di controversie relative ai risultati del voto.

Una legge adottata nel 2001 ha esplicitamente assegnato all'Assemblea Generale e, in subordine, al Governatore⁴⁰, il compito di indicare tutti gli *electors*.

L'eventualità che i Legislativi statali a maggioranza repubblicana potessero scegliere, gli elettori presidenziali, su pressione di Trump, “ribaltando” in tal modo il voto popolare⁴¹, è parsa però inverosimile sul piano della sua praticabilità giuridica⁴².

Al riguardo appare utile ricordare che, tra i tanti ricorsi proposti dai legali vicini a Trump (e praticamente tutti respinti⁴³, molti per difetto dell'interesse ad agire), alcuni sono stati rivolti direttamente alla *Supreme Court* federale. In uno di questi, solo qualche giorno prima della riunione del Collegio elettorale, la Corte Suprema (in cui siedono tre giudici nominati da Trump durante il suo mandato), ha opportunamente rifiutato l'invito faustiano a un delegittimante coinvolgimento nella battaglia giudiziaria condotta dal Presidente in carica.

Il supremo giudice federale, con una secca ordinanza non firmata, ha respinto, l'11 dicembre 2020, la denuncia (ritenuta priva di fondamento giuridico) del procuratore generale del Texas, il quale riteneva che in quattro stati (Pennsylvania, Michigan, Wisconsin e Georgia) il voto postale – a suo avviso illecitamente introdotto in quanto non previsto nelle Costituzioni – avesse consentito brogli e viziato il risultato nazionale complessivo. Per tale ragione, in questi Stati il voto popolare avrebbe dovuto esser invalidato, rimettendo la selezione degli elettori presidenziali direttamente ai Legislativi (una richiesta che è stata definita dai procuratori degli Stati chiamati in causa “un affronto alla democrazia e allo Stato di diritto”)⁴⁴.

4. Dalla riunione dell'Electoral College all'assalto al Campidoglio.

In un clima poco sereno, per le crescenti proteste dei sostenitori di Trump – il quale nel frattempo insisteva nel non voler “concedere” la vittoria, ribadendo la narrazione delle “elezioni rubate” – i 538 Elettori si sono riuniti, il 14 dicembre, “ciascuno nel proprio Stato” – come vollero i Padri Fondatori, per impedire “intrighi” e “manipolazioni” – talvolta in luoghi tenuti segreti (in ragione di contingenti motivi di sicurezza), per votare il candidato alla Presidenza e i Vice-Presidenza.

Gli Elettori sono stati “leali”⁴⁵, confermandosi ancora una volta come gli onorifici “*rubber-stamping*” della volontà espressa dal popolo, ma può esser utile rilevare che, anche al fine di

³⁹ Cfr. J. MASKELL, T. J. HALSTEAD, A. WELBORN, *Electoral Vote Counts in Congress: Survey of Certain Congressional Practices*, Congressional Research Service, Washington D.C., December 13, 2000, 28.

⁴⁰ Cfr. §163-213 – *North Carolina General Assembly, Appointment of Presidential Electors by General Assembly in certain circumstances, by the Governor in certain other circumstances*.

⁴¹ Su tale interrogativo si veda, ad esempio, T. GABRIEL, S. SAUL, *Could State Legislatures Pick Electors to Vote for Trump? Not Likely*, in [The New York Times](#), 5 gennaio 2021.

⁴² Simile possibilità era stata decisamente esclusa da R. L. HASEN, *Trump Needs Three Consecutive Hail Mary Passes*, in [The Atlantic](#), 11 novembre 2020 e da L. LESSIG, J. HARROW, *State Legislatures Can't Ignore the Popular Vote in Appointing Electors*, in [Lawfare](#), 6 novembre 2020,.

⁴³ Si veda sul punto, ad esempio, la ricostruzione – alla data dell'8 dicembre – di A. DURKEE, *Trump And The GOP Have Now Lost More Than 50 Post-Election Lawsuits*, in [Forbes](#).

⁴⁴ V. A. LIPTAK, J. W. PETERS, *In Blistering Retort, 4 Battleground States Tell Texas to Butt Out of Election*, in [The New York Times](#), 15 gennaio 2021. Un'altra ordinanza aveva respinto, l'8 dicembre 2020, una richiesta analoga, relativamente al voto in Pennsylvania. L'11 gennaio 2021, la Corte Suprema federale ha infine respinto un terzo ricorso [No. 20-883, *Donald J. Trump, Petitioner v. Wisconsin Elections Commission, et al.*], con cui si chiedeva l'annullamento del voto nel Wisconsin e l'attribuzione al Legislativo statale del compito di scegliere gli elettori presidenziali.

⁴⁵ Aveva ampiamente dato per scontato tale risultato, ad esempio, T. GOLDSTEIN, *The Supreme Court, faithless electors, and Trump's final, futile fight*, in [SCOTUSblog](#), 28 novembre 2020.

scoraggiare gli “*unfaithful electors*”, i Repubblicani e i Democratici in genere selezionano, per le liste degli elettori presidenziali – che non possono esser membri del Congresso o rivestire cariche federali – poco noti funzionari di partito, lobbisti, attivisti ecc., scelti per la loro affidabilità nel votare per il candidato che si sono impegnati a sostenere (per quanto, ad esempio, nello Stato di New York, i Democratici siano soliti schierare anche leader politici di spicco e quest’anno fra i 29 *electors* figuravano il governatore statale, Bill e Hillary Clinton).

La legge federale prescrive che i voti siano trasmessi entro il quarto mercoledì di dicembre al Presidente del Senato e che il 6 gennaio (o in altra data stabilita dal Legislativo), all’una del pomeriggio, i due rami del Congresso, in sessione congiunta⁴⁶, procedano – senza dibattito – al conteggio degli *electoral votes* e proclamino il risultato, dopo aver accertato che sia stata raggiunta la maggioranza di 270 o più voti.

La *joint session* è presieduta dal Vicepresidente del Senato, che effettua lo spoglio dei certificati di voto provenienti da ciascuno Stato, in ordine alfabetico ed effettua la proclamazione dei vincitori, un atto che costituisce “*a sufficient declaration of the persons, if any, elected President and Vice President of the United States*”⁴⁷.

Nel corso dello scrutinio, possono esser presentate delle *objections* circa i voti espressi dagli elettori (singolarmente o in blocco) di ciascuno Stato, a condizione che siano formulate per iscritto e sottoscritte da almeno un membro di ciascuna Camera. La sessione congiunta a quel punto si interrompe e ciascuna Camera si ritira nella propria Aula per deliberare separatamente, a maggioranza semplice, dopo un dibattito della durata massima di due ore. La *joint session* quindi riprende, con l’annuncio dell’esito relativo alle rispettive decisioni sull’obiezione che, per poter esser accolta, richiede il consenso di entrambi i rami del Congresso (eventualità mai verificatasi in tempi recenti); l’approvazione di un’*objection* comporterebbe l’esclusione dei voti contestati dal conteggio.

La legge federale contiene disposizioni procedurali volte ad assicurare una rapida conclusione dei lavori, che possono esser abbreviati se non è stata anticipata la proposizione di alcuna *objection* (tanto che, per fare qualche esempio, nel 1997 e nel 2013, la sessione congiunta è durata rispettivamente 24 e 23 minuti e nel 2017 si è conclusa in 41 minuti).

⁴⁶ La riunione della *joint session* (che si svolge nell’aula della *House of Representatives*) è denominata “*joint meeting*” dallo *U.S. Code* e “*joint convention*” nel *Congressional Record*. In tempi recenti, un’*objection* è stata formulata nella seduta congiunta del gennaio 2005, venendo respinta. Si veda sul punto (sia per un precedente più risalente sia, più in generale, per una panoramica sulle regole procedurali della *joint session*), E. RYBICKI, L. PAIGE WHITAKER, *Counting Electoral Votes: An Overview of Procedures at the Joint Session, Including Objections by Members of Congress*, Congressional Research Service, Washington D.C., December 8, 2020, spec. 6-7.

⁴⁷ Nel caso in cui nessun candidato ottenga la maggioranza richiesta di 270 voti, l’elezione del Presidente viene regolata dal XII emendamento, il quale prevede la cd. *contingent election* (tema su cui si veda, ad esempio, T. H. NEALE, *Congressional Research Service, Contingent Election of the President and Vice President by Congress: Perspectives and Contemporary Analysis*, Congressional Research Service, Washington D.C., October 6, 2020).

L’emendamento in oggetto ha introdotto un meccanismo che opera come un “*fallback in the event of electoral college deadlock*”: spetta alla Camera dei Rappresentanti eleggere, a maggioranza, il Presidente, scegliendo fra i tre candidati che hanno ricevuto il più alto numero di voti dai grandi elettori statali. Il voto viene però espresso dalla “delegazione” e a ciascun Stato è riconosciuto pertanto un unico voto (il *District of Columbia* non dispone di alcun voto, in quanto non ha *voting members* alla Camera). Il Senato elegge invece il Vicepresidente, sempre a maggioranza, scegliendo tra i due candidati che hanno ricevuto il maggior numero di voti dei grandi elettori.

Tale situazione si è verificata solo nel 1825 (relativamente all’elezione del Presidente) e nel 1837 (per eleggere il Vicepresidente).

In occasione delle recenti elezioni presidenziali, alcuni avevano espresso il timore che il protrarsi di una situazione di stallo al Congresso oltre il 20 gennaio, a causa delle contestazioni dei voti dei grandi elettori, potesse aprire le porte alla procedura descritta, favorendo l’elezione di Trump (in quanto 26 Stati hanno una maggioranza repubblicana). Tale scenario è parso a molti non in linea con quanto stabilito dal XII emendamento, che non obbliga il Congresso ad esaurire entro una precisa data il procedimento di conteggio dei voti dei grandi elettori (che potrebbe pertanto anche protrarsi oltre il 20 gennaio, rendendo però necessaria l’applicazione del *Succession Act* del 1947). In tal senso, si veda E. B. FOLEY, *The Constitution is strong enough to withstand a delayed electoral count*, in [The Washington Post](#), 7 gennaio 2021 e R. PILDES, E. FOLEY, R. HASEN, L. MANHEIM, N. PERSILY, [Clarifying the Electoral Count Act Process](#), *Election Law Blog* January 5, 2021, , in replica alla differente interpretazione proposta da J. SUK GERSEN, *A Test for Congress’s Commitment to Democracy*, in [The New Yorker](#), January 4, 2021.

Il 6 gennaio era stato però annunciato come un *busy day in politics*, in quanto erano state previste due *objections* circa i voti espressi dagli *electors* in Pennsylvania e in Arizona (le quali non avevano però alcuna possibilità di venir accolte, dal momento che le elezioni del 3 novembre hanno confermato la maggioranza dei democratici alla Camera dei rappresentanti).

Al riguardo appare opportuno precisare che le norme procedurali relative alla *joint session* non lasciano spazi al suo *presiding officer* per escludere dal conteggio i voti che uno Stato abbia regolarmente certificato, come lo stesso Vicepresidente Pence ha espressamente ribadito – respingendo le pressioni esercitate da Trump – in una dichiarazione rilasciata pochi minuti prima dell'avvio della seduta congiunta⁴⁸.

Pur affermando di condividere le preoccupazioni circa la regolarità delle elezioni, il Vice Presidente ha richiamato l'attenzione sulla natura meramente cerimoniale del suo compito – il quale consiste nell'assicurare il regolare svolgimento dei lavori – e ha negato che dalla Costituzione possa farsi discendere un autonomo potere di decidere “*which electoral votes should be counted during the joint session of Congress*” (potere che nessun Vice Presidente nella storia statunitense ha d'altronde rivendicato).

La cerimonia di lettura dei voti era appena iniziata – in un contesto di per sé già teso – quando nel monumentale Palazzo che ospita i due rami del Legislativo ha fatto irruzione una nutrita folla di manifestanti i quali, dopo aver partecipato alla mobilitazione di protesta contro l'elezione di Biden e aver assistito a un comizio “incendiario” del Presidente Trump, hanno deciso – con modalità oggetto di accertamento da parte dell'autorità giudiziaria – di “dare l'assalto” al Campidoglio.

Il mondo ha assistito incredulo al gesto clamoroso dei rivoltosi, i quali hanno profanato il tempio laico della democrazia statunitense, lasciando nel Congresso – la cui storia è stata segnata da altri episodi di rivolta e violenza⁴⁹ – anche una triste scia di sangue.

Solo dopo l'intervento della Guardia nazionale della capitale federale e delle forze di polizia locale – sollecitato, pare, dal Vice Presidente, che avrebbe in tal modo esercitato, in maniera del tutto irrituale, l'autorità spettante al Capo dello Stato quale *commander-in-chief* – è stato possibile riportare in sicurezza il Palazzo, consentendo la ripresa dei lavori e il conteggio dei voti (contenuti nei tradizionali bauli di cuoio, risparmiati dal saccheggio degli assalitori, le cui foto hanno fatto il giro del mondo), conclusosi con la proclamazione di Joe Biden e Kamala Harris a Presidente e Vice Presidente degli Stati Uniti.

Le *objection* riferite ai voti dell'Arizona e della Pennsylvania sono state respinte, ma quel che più sconcerta è il fatto che una manciata di senatori e più di un centinaio di deputati repubblicani abbiano alla fine confermato il loro voto favorevole⁵⁰: neppure lo *shock* di quanto appena vissuto li ha convinti a rinunciare – in uno slancio *bipartisan* a difesa del sistema democratico – all'ultimo atto di un'opera di delegittimazione del processo elettorale, i cui echi continueranno di certo a risuonare pesantemente durante il mandato del Presidente Biden.

L'elevato numero di deputati repubblicani rigidamente schierati con Trump conferma inoltre l'idea che il breve mandato della *House of Representatives* ne faccia una Camera più sensibile del Senato alle pressioni populiste e demagogiche, in un clima di costante campagna elettorale.

⁴⁸ Cfr. il [testo della dichiarazione del Vice Presidente](#).

⁴⁹ Al riguardo può ricordarsi che, nel 1814, il Campidoglio è stato danneggiato da un incendio, durante la guerra contro i britannici; nel 1915, nel 1971 e nel 1983, vi sono stati attentati dinamitardi al Senato; una sparatoria, nel 1954, alla Camera dei Rappresentati ha provocato il ferimento di cinque deputati e un'altra, nel 1998, ha causato la morte di due agenti di polizia del Campidoglio.

⁵⁰ Il Senato ha respinto le *objections* relative agli *electoral votes* dell'Arizona con 93 voti contro 6; la Camera con 303 contro 121.

5. La reazione di un Congresso “oltraggiato” a un Presidente “piromane della democrazia”⁵¹.

Le inchieste avviate dalla procura federale e le indagini del *Federal Bureau of Investigation* accerteranno le responsabilità e le intenzioni (alla luce del rinvenimento di materiale esplosivo nelle vicinanze del Campidoglio) di quanti hanno preso parte alla violenta rivolta di Washington; questa è stata ritenuta dal *Joint Chief of Staff* del Pentagono – in una dichiarazione che rappresenta una vera e propria presa di posizione delle forze armate – “un attacco diretto al Congresso degli Stati Uniti e al processo costituzionale”⁵².

Il complesso lavoro investigativo avviato fornirà elementi utili a comprendere meglio anche l’evoluzione della minaccia rappresentata dal cd. “terrorismo domestico”, ad opera di una complessa galassia di gruppi estremisti di ogni sorta (*alt-right*, suprematisti bianchi, anarchici, antifascisti, ecc.) che – stando a recenti studi⁵³ – sono stati protagonisti, nel 2020, di circa due terzi degli episodi di violenza contro forze dell’ordine, strutture militari e governative.

A tal proposito, appare opportuno osservare che proprio alcuni fra i movimenti ritenuti più pericolosi – ispirati all’ideologia del “*white suprematism*” – hanno fornito al partito repubblicano un’ampia base di appoggio politico e rappresentato il destinatario privilegiato della comunicazione di Trump (tramite la quale lo stesso Presidente ha stretto espliciti legami, come nel caso dell’*endorsement* ai *Proud Boys* e del clamoroso invito ad essi rivolto, nel primo *presidential debate* del 29 settembre 2020, “*stand back and stand by*”).

Né va trascurato l’efficace ruolo svolto dai *social media* nella strategia elettorale e politica di Trump, già ampiamente dibattuto durante la corsa presidenziale del 2016, specie in riferimento all’utilizzo della piattaforma digitale Twitter⁵⁴ (quella che è sempre parsa la più remunerativa, in termini di consenso, per il Presidente).

Quel che però più rileva, ai fini che qui interessano, è il fatto che, nella ricerca della conferma di un secondo mandato, Trump ha deliberatamente sfruttato la formidabile cassa di risonanza rappresentata dalle piattaforme digitali per sviluppare una contronarrazione volta a delegittimare l’intero processo elettorale. Ciò ha sollecitato ad esempio Twitter, già dalla primavera del 2020, a intervenire – per la prima volta – sui contenuti postati dal Presidente, accompagnandoli con avvertimenti e *link* esterni verso altre fonti ufficiali di informazioni⁵⁵.

Le continue e pesanti denunce di irregolarità delle elezioni, “morte” nelle aule di tribunale, hanno potuto sopravvivere intatte, nei *feed* Twitter e Facebook di Trump (e in parte anche nella programmazione televisiva), fino alla vigilia della *joint session* del Congresso. Il “mito” delle “*stolen elections*”⁵⁶ ha continuato a influenzare distorsivamente l’immaginario di buona parte dell’elettorato repubblicano – oltre la metà del quale, stando ai sondaggi, ritiene le elezioni viziate da brogli e frodi – e dei gruppi radicali di destra o complottisti.

Il discorso tenuto da Trump, il 6 gennaio, davanti alla Casa Bianca, dinanzi a una folta rappresentanza del variegato universo dei suoi “*supporters*” giunti a Washington per protestare contro l’elezione di Biden e lo scellerato invito “a marciare sul Campidoglio”, hanno quindi dato fuoco a una miscela pericolosamente esplosiva.

⁵¹ Facciamo nostra l’efficace espressione di B. STEPHENS, *Impeach and Convict. Right now*, in *The New York Times*, 6 gennaio 2021, il quale ha definito Donald Trump l’“*America’s willful arsonist, the man who lit the match under the fabric of our constitutional republic*”.

⁵² V. la [dichiarazione](#) del *Joint Chief of Staff*.

⁵³ Si veda ad esempio S. G. JONES, C. DOXSEE, N. HARRINGTON, G. HWANG, J. SUBER, [The War Comes Home. The Evolution of Domestic Terrorism in the United States](#), CSIS, Center for Strategic and International Studies, October 22, 2020.

⁵⁴ Sul tema si veda, ampiamente, Y. OUYANG, R. W. WATERMAN, *Trump, Twitter, and the American Democracy. Political Communication in the Digital Age*, London, 2020.

⁵⁵ Su tali vicende, P. COSTANZO, “*Social*” *Democracy?*, in *Libro Homenaje al Profesor Roberto Romboli (in corso di pubblicazione)*.

⁵⁶ Per tale espressione si veda J. RUTENBERG, N. CORASANITI, A. FEUER, *Trump’s Fraud Claims Died in Court, but the Myth of Stolen Elections Lives On*, in [The New York Times](#), 26 dicembre 2020.

Prendendo solo in parte le distanze dai “rivoltosi”, il giorno successivo ai tragici eventi in Campidoglio, il Presidente Trump ha annunciato l’“inaugurazione di una nuova amministrazione il 20 gennaio” e l’impegno a garantire “una transizione dei poteri tranquilla e ordinata”⁵⁷. Tardiva e imperfetta (dal momento che non menziona mai il vincitore), la *concession* è stata però sostanzialmente ridimensionata se non “ritrattata” due giorni dopo, quando Trump ha dichiarato di non aver alcuna intenzione “di partecipare alla cerimonia di insediamento di Biden”, in tal modo di fatto ribadendo il rifiuto di ammettere la regolarità e legittimità del risultato elettorale.

Nel frattempo, la comunicazione del Presidente sui *social networks* non ha dismesso la consueta retorica delle “elezioni rubate”, al punto che – onde evitare messaggi non solo ulteriormente “divisivi”, ma soprattutto di incitamento ad azioni violente e all’insurrezione – le piattaforme digitali hanno sospeso, l’8 gennaio, gli account di Trump, “fino a quando una pacifica transizione di potere non sarà completata”.

Andrebbe al di là dell’oggetto limitato del nostro studio l’approfondimento dei delicati (e polarizzanti) temi relativi sia al discrimine fra moderazione e censura nei termini d’uso e nelle regole di utilizzo stabilite dai *social networks* sia all’estensione della libertà di espressione nell’era digitale.

Pare opportuno tuttavia segnalare che l’oscuramento dei profili del Presidente (o l’esclusione di contenuti legati a Trump) da parte delle piattaforme digitali ha spostato l’attenzione sulla “sostenibilità”, dal punto di vista della tenuta del sistema democratico, della decisione di lasciare a un soggetto privato la decisione di procedere a forme di ostracismo comunicativo. L’intento è certo quello di ripulire gli ecosistemi digitali dai veleni⁵⁸ della disinformazione e dell’incitamento all’odio e alla violenza; l’epilogo del tormentato rapporto fra Trump e il *social networking* induce però, in termini ancor più pressanti, a domandarsi se una valutazione insindacabile da parte di soggetti privati non finisca per esprimere la preoccupante appropriazione di poteri che sono prerogativa di giudici e autorità competenti⁵⁹.

Riportando ora l’attenzione al ruolo svolto dal Presidente nelle vicende connesse al processo elettorale, è evidente che solo eventuali inchieste giudiziarie potranno accertare le responsabilità, sul piano penale (si pensi per esempio alla pressione esercitata, qualche giorno prima della *joint session* del Congresso, sul Segretario di Stato della Georgia), specie nell’assalto al Campidoglio, definito dal Presidente neoeletto Biden, “un atto che confina con la sedizione”⁶⁰.

Il dibattito sulle responsabilità quanto meno “moralì” di Trump è stato invece rapidamente avviato dal Congresso, su iniziativa dei leader di maggioranza del partito democratico e di alcuni parlamentari repubblicani di spicco (sollecitati anche dalle reazioni dell’opinione pubblica e dei media⁶¹).

Nel definire l’“*unstable*” Presidente in carica “*a clear and present danger*”, la *Speaker* della Camera dei Rappresentanti, Nancy Pelosi, ha evocato scenari inquietanti, rimasti finora nella fantapolitica della penna di Tom Clancy⁶².

Trump viene ritenuto un “pericolo” per la sicurezza nazionale, anche alla luce delle ambigue minacce, agli inizi di gennaio, di imporre la legge marziale per coinvolgere la forza militare nella risoluzione delle controversie elettorali (manovra spregiudicata che “porterebbe in un territorio

⁵⁷ Cfr. “[Statement from the Press Secretary](#)” del 7 gennaio, 2021, con il [link](#) al video del discorso del Presidente.

⁵⁸ Cfr. C. MELZI, G. E. VIGEVANI, *Assalto al Congresso: perché non è colpa della rete ma di Trump*, in [Il Sole 24 Ore](#), 8 gennaio 2021.

⁵⁹ Questa problematica è evocata da L. VIOLANTE, *Twitter e Facebook Vs Trump. Scriviamo le regole del gioco con le 'compagnie del digitale'*, in [Huffpost](#) del 17 gennaio 2021.

⁶⁰ Cfr. M. D. SHEAR, J. TANKERSLEY, *Biden Denounces Storming of Capitol as a 'Dark Moment' in Nation's History*, in [The New York Times](#), 6 gennaio 2021.

⁶¹ Si veda L. H. TRIBE, J. MATZ, *Yes, Congress should impeach Trump before he leaves office*, in [The Washington Post](#), 9 gennaio 2021.

⁶² Cfr. N. FANDOS, *Trump Impeached for Inciting Insurrection*, in [The New York Times](#), 13 gennaio 2021.

La frase pronunciata dalla *Speaker* della Camera dei Rappresentanti è una citazione del titolo (divenuto, nella versione italiana, “Pericolo imminente”) di un libro di Tom Clancy, scrittore – scomparso nel 2013 – noto per i suoi romanzi di spionaggio, che hanno ispirato molti film e videogiochi.

pericoloso, illegale e incostituzionale”, come hanno dichiarato gli ex Segretari della Difesa, in un *joint statement* del 3 gennaio⁶³).

Sul piano della sicurezza internazionale, le preoccupazioni si spiegano poi anche alla luce dell’accesso riservato al Presidente – nella sua qualità di *commander-in-chief* e di detentore esclusivo della *national command authority* – ai codici di autorizzazione degli attacchi nucleari. Tali timori richiamano quelli ben descritti nelle memorie del Segretario di Stato Henry Kissinger⁶⁴, relativamente all’ultima fase della Presidenza Nixon.

Un rapido allontanamento di Trump dalla Casa Bianca mira inoltre a evitare che il Presidente utilizzi il potere di *pardoning* per graziare se stesso⁶⁵ (ipotesi ventilata dallo stesso Trump sin dal 2018), stabilendo un precedente “preoccupante”.

I soli limiti espliciti previsti dalla *Pardon Clause*⁶⁶ contenuta nell’art. II, sezione 2 della Costituzione – volta a riprodurre, in un contesto repubblicano, il potere di grazia spettante al monarca – concernono la natura dei reati (deve trattarsi di “*offences against the United States*”, dunque federali), come l’esclusione della clemenza nei casi di *impeachment*.

Nessun Presidente ha mai fatto ricorso al *self-pardoning*, ma proprio l’assenza di precedenti⁶⁷ potrebbe consentire a Trump di far valere un’interpretazione del potere di grazia finora rimasta largamente minoritaria in dottrina.

Lo scontro istituzionale e politico sarebbe peraltro destinato a protrarsi a lungo, dal momento che è assai probabile che l’atto di (auto)clemenza diventi oggetto di una *challenge* dinanzi alla Corte Suprema.

Una lettura estrema sarebbe in fondo coerente con l’esercizio disinvolto e a tratti spregiudicato del *pardoning power* da parte di Trump, specie nell’ultima fase del suo mandato, attraverso una pletora di atti di clemenza assunti nell’incertezza delle raccomandazioni del Dipartimento di giustizia e a favore soprattutto di utili alleati politici o di membri del suo vasto *entourage* familiare⁶⁸.

⁶³ La dichiarazione è stata rilasciata al [The Washington Post](#) da Ashton Carter, Dick Cheney, William Cohen, Mark Esper, Robert Gates, Chuck Hagel, James Mattis, Leon Panetta, William Perry e Donald Rumsfeld, già *U.S. secretaries of defense*.

⁶⁴ Si veda in particolare, al riguardo, il secondo volume delle memorie di Henry Kissinger (*Years of Upheaval*, London, 1982), in cui il Segretario di Stato ha illuminato alcuni aspetti della tormentata personalità del Presidente Nixon nell’ultimo periodo del suo mandato, prima delle dimissioni nel 1974, a seguito dello scandalo Watergate e dell’imminente *impeachment*.

⁶⁵ Cfr. M. S. SCHMIDT, M. HABERMAN, *Trump Is Said to Have Discussed Pardoning Himself*, in [The New York Times](#), 7 gennaio 2021. Sul controverso tema del *self-pardoning* si veda, ad esempio, M. CONKLIN, *Please Allow Myself to Pardon . . . Myself: The Constitutionality of a Presidential Self-Pardon*, in *University of Detroit Mercy Law Review*, Vol. 97, 2020.

⁶⁶ Per tali profili si veda R. M. THOMPSON, *The President’s Pardon Power and Legal Effects on Collateral Consequences*, Congressional Research Office, Washington D.C., July 26, 2016, il quale ricorda che il *presidential pardon* è stato definito dal Chief Justice Marshall come “*an act of grace, proceeding from the power entrusted with the execution of laws, which exempts the individual, on whom it is bestowed, from the punishment the law inflicts for a crime he has committed*”. La Corte Suprema ha inoltre chiarito, nel 1866, che il *pardon power* “*may be exercised at any time after [the commission of an offense], either before legal proceedings are taken, or during their pendency, or after conviction and judgment.*”

⁶⁷ Il *Presidential self-pardon* è un “*unresolved legal question*”, oggetto di rinnovato interesse in dottrina proprio a seguito dell’affermazione di Trump, in un tweet del 4 giugno 2018, di disporre di un “*absolute right*” di concedere la grazia a se stesso. Sulle interpretazioni del potere presidenziale in esame, si veda, in generale, M. A. FOSTER, *Presidential Pardons: Overview and Selected Legal Issues*, Congressional Research Service, Washington D.C., January 14, 2020, 13. Si vedano, fra i molti a respingere la tesi dell’ammissibilità del *self-pardoning* presidenziale (fondata in primo luogo sulla constatazione che l’esercizio del pardon presupponga l’esistenza di due persone distinte – il *grantor* e il *grantee* – e “*the judgment of one about the conduct of the other*”), F. O. BOWMAN III, *Why a Self-Pardon Is Not Constitutional*, in [Just Security](#), 24 novembre 2020, e B. C. KALT, *Pardon Me? The Constitutional Case Against Presidential Self-Pardons*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 106, 779- 809; v. anche J. M. LUTTIG, *No, President Trump can’t pardon himself*, in [The Washington Post](#), 8 dicembre 2020. Per la tesi contraria si veda M. CONKLIN, *Please Allow Myself to Pardon Myself*, cit.

⁶⁸ Al riguardo si veda M. HABERMAN, M. S. SCHMIDT, *Trump Gives Clemency to More Allies, Including Manafort, Stone and Charles Kushner*, in [The New York Times](#), 23 dicembre 2020.

Spinti dalla convinzione ansiogena che “ogni giorno può essere uno spettacolo dell’orrore”, il partito democratico e alcuni repubblicani hanno ritenuto necessario rimuovere il Presidente dalla carica prima del 20 gennaio.

Va al riguardo osservato che, nel corso del suo mandato, Trump è stato oggetto di alcune *resolutions of censure*⁶⁹ da parte del Congresso. La risoluzione di censura è uno strumento di cui la Camera dei Rappresentanti e il Senato si servono per “disapprovare”, “censurare”, “condannare” o esprimere “*no confidence*” nei confronti (anche) del Presidente, in un contesto e con effetti ovviamente diversi da quelli caratterizzanti i sistemi parlamentari.

Il ricorso a tale strumento consente però a ciascuna Camera (o ad entrambe congiuntamente) solo di esprimere ciò che viene definito come il “*sense of*” dell’Assemblea riguardo a una determinata questione. L’approvazione di una risoluzione di censura si risolve pertanto in un giudizio morale, con una forte connotazione simbolica e implicazioni politiche, ma dal quale non possono farsi discendere conseguenze giuridicamente rilevanti⁷⁰.

Lo specifico strumento che i *Founding Fathers* hanno messo a disposizione del Congresso per “rimuovere” i *public officers* ritenuti inadatti a ricoprire cariche pubbliche è infatti rappresentato dal ricorso alla complessa procedura di *impeachment*⁷¹.

Come è noto, la messa in stato di accusa del Presidente da parte della Camera dei Rappresentanti – per “tradimento, corruzione o altri gravi crimini e misfatti” – e il successivo giudizio del Senato richiedono tempi abbastanza lunghi; inoltre, per quanto le elezioni del 3 novembre 2020 abbiano riconsegnato la Camera dei Rappresentanti al controllo del partito democratico, la parità in Senato fra le due principali forze politiche (al punto che sarà determinante, nelle deliberazioni, il voto della Vice Presidente) rende comunque problematico il raggiungimento dell’ampia maggioranza dei due terzi, richiesta per la condanna.

Al fine di pervenire più rapidamente all’allontanamento del Presidente dalla Casa Bianca, il Congresso ha così esplorato anche una “zona grigia” del diritto costituzionale statunitense, divenuta oggetto di crescente attenzione all’indomani dell’elezione di Trump, nel 2016.

Il 12 gennaio, con il voto favorevole di 223 deputati (tra i quali un repubblicano) e 205 voti contrari, la Camera dei Rappresentanti ha approvato una risoluzione per chiedere al Vicepresidente di ricorrere alla procedura prevista dalla sezione 4 del XXV emendamento, finalizzata a certificare “ciò che è ovvio per una nazione inorridita: che il Presidente non è in grado di adempiere con successo ai doveri e poteri del suo ufficio”⁷².

Appare utile ricordare che il XXV emendamento è stato ratificato nel 1967, dopo lo *shock* dell’assassinio di John F. Kennedy, per regolare i vari aspetti della successione presidenziale.

⁶⁹ Cfr. J. A. HUDIBURG, C. M. DAVIS, *Resolution to Censure the President: Procedure and History*, Congressional Research Service, Washington D.C., November 20, 2019, 12. Il Presidente Trump è stato oggetto di tre *censure resolutions*: nel 2017, per non aver condannato un episodio di violenza ad opera di estremisti di destra e suprematisti, quindi nel 2018 e nel 2019, per il contenuto “*hateful, discriminatory, and racist*” di una sua dichiarazione e di alcuni suoi *tweets*. Nel 2021, infine, dopo la vicenda relativa alla pressante richiesta di Trump al *Secretary of State* della Georgia di un riconteggio dei voti a suo favore, il deputato democratico H. Johnson ha introdotto, il 4 gennaio, una risoluzione “*censuring and condemning President Donald J. Trump for attempting to overturn the results of the November 2020 presidential election in the State of Georgia*”; la risoluzione “*calls on President Trump to retract and disavow this unlawful and unconstitutional behavior and acknowledge President-elect Joseph R. Biden as the victor of the November 2020 presidential election*”.

⁷⁰ Cfr. T. GARVEY, *The Constitutionality of Censuring the President*, Congressional Research Service, Washington D.C., March 12, 2018.

⁷¹ Sul tema dell’*impeachment* si vedano, *ex multis*, F. O. BOWMAN III, *High Crimes and Misdemeanors: A History of Impeachment for the Age of Trump*, Cambridge, 2019; L. TRIBE, J. MATZ, *To End a Presidency: The Power of Impeachment*, New York, 2018; C. BRETTSCHEIDER, *On Impeachment: The Presidency on Trial*, London, 2020; C. L. BLACK JR., P. BOBBITT, *Impeachment: A Handbook*, London, 2018; R. BERGER, *Impeachment: The Constitutional Problems*, Cambridge, 1999.

⁷² Cfr. H.Res.21 - *Calling on Vice President Michael R. Pence to convene and mobilize the principal officers of the executive departments of the Cabinet to activate section 4 of the 25th Amendment to declare President Donald J. Trump incapable of executing the duties of his office and to immediately exercise powers as acting President*, 117th Congress (2021-2022), presentata l’11 gennaio 2021.

La sez. 1 della norma in esame regola la successione del Vicepresidente in caso di morte, dimissioni o rimozione dalla carica (trovando finora applicazione solo con la successione del Vicepresidente Ford, nel 1974, a seguito delle dimissioni di Nixon), mentre la sez. 2 concerne la vacanza della Vicepresidenza.

Profili interpretativi più problematici emergono in riferimento alle sezioni successive del XXV emendamento, le quali disciplinano i casi di inabilità e di incapacità (“*inability*” e “*disability*”) del Capo dello Stato⁷³, con norme volte ad assicurare la continuità nell’ufficio di Presidenza.

Ai sensi della sez. 3, qualora il Presidente non sia in grado di esercitare i poteri e svolgere i doveri del suo ufficio, trasmette una dichiarazione scritta di inabilità al Presidente *pro tempore* del Senato⁷⁴ e al Presidente della Camera dei Rappresentanti. A partire da tale momento, i poteri e i doveri ricadono sul Vicepresidente, in qualità di Presidente facente funzione, fino a quando una dichiarazione del Capo dello Stato non certifichi la cessazione dell’impedimento (con la conseguente riassunzione del ruolo connesso alla carica).

In base all’interpretazione prevalente, la procedura descritta risulta applicabile nei momenti in cui il Presidente debba affrontare – nel pieno delle sue facoltà mentali – una situazione il cui esito rappresenti un “*great leap forward into the unknown*”⁷⁵ (una situazione in genere legata a motivi di salute, come ad esempio un trattamento medico, un’anestesia o una malattia prevedibilmente destinata a risolversi).

La sez. 3 del XXV emendamento è stata invocata per la prima volta nel 1985, da un recalcitrante Ronald Reagan, timoroso di creare in tal modo un precedente. Quando infatti fu ospedalizzato, dopo l’attentato nel 1981, preferì non invocare il XXV emendamento, aderendo alla tesi di quanti sostengono che, in un sistema di governo presidenziale, qualsiasi trasferimento di potere, anche temporaneo, determini un vuoto nella *leadership* che indebolisce l’autorità del Capo dello Stato, pur non pregiudicandone l’effettivo esercizio⁷⁶.

Ai fini che in questa sede interessano, maggiore attenzione va riservata alla ben più complessa e controversa sez. 4 del XXV emendamento, che consente al Vicepresidente e alla maggioranza dei “*principal officers*” dei dipartimenti dell’Esecutivo (o di qualsiasi altro organo previsto dal Congresso per legge) di decidere, in caso di incapacità del Capo dello Stato, l’assunzione temporanea della Presidenza *ad interim* da parte del Vicepresidente.

La procedura richiede che una dichiarazione venga trasmessa al Presidente *pro tempore* del Senato e allo *Speaker* della Camera dei Rappresentanti, attestando che il Presidente “non è in grado di esercitare i poteri e i doveri del suo ufficio”; ciò permette al Vicepresidente di assumere immediatamente l’incarico (ma non l’ufficio, la cui titolarità continua formalmente a spettare al Capo di Stato dichiarato incapace).

Quando l’incapacità cessa, il Presidente ne dà comunicazione al Presidente *pro tempore* del Senato e allo *Speaker* della Camera con un’apposita dichiarazione e riassume i poteri, salvo che, entro quattro giorni, il Vicepresidente e la maggioranza dei membri del Gabinetto (o di altro organo costituito dal Congresso) si oppongano, rimettendo la questione al Legislativo, decisione da assumere a maggioranza dei due terzi di entrambe le Camere.

⁷³ A tale proposito, J. D. FEERICK, *From Failing Hands: The Story of Presidential Succession*, New York, 1965, 49, evidenzia che i *Founders* non hanno inteso stabilire una netta distinzione fra i termini “*inability*” e “*disability*”, i quali “*appear to have been used almost interchangeably*”.

⁷⁴ In base a quanto previsto nella Costituzione, il Presidente *pro tempore* sostituisce il Vicepresidente (nella sua qualità di Presidente del Senato). La prassi del Senato è quella di eleggere Presidente *pro tempore* un membro del partito di maggioranza (in genere il più anziano dei senatori). Per tale aspetto si veda, ad esempio, C. M. DAVIS, *The President Pro Tempore of the Senate: History and Authority of the Office*, September 16, 2015, 6.

⁷⁵ Cfr. *Report of the Commission on Presidential Disability and the Twenty-Fifth Amendment*, 1988, Miller-Center Commission N° 4, January 20, 1988, p 7.

⁷⁶ Il Presidente George W. Bush ha invocato due volte (nel 2002 e nel 2007) la sezione 3 del XXV emendamento, in vista di accertamenti medici che richiedevano l’anestesia. Cfr. THOMAS H. NEALE, *Presidential Disability Under the Twenty-Fifth Amendment: Constitutional Provisions and Perspectives for Congress*, Congressional Research Service, Washington D.C., November 5, 2018, 5-6.

La disposizione in esame non è mai stata applicata (e, ragionando retrospettivamente, prima della sua introduzione avrebbe potuto forse adattarsi a regolare la complicata fase finale delle Presidenze di Woodrow Wilson e di Franklin D. Roosevelt).

Il procedimento disciplinato dalla sez. 4 è anzitutto estremamente complesso e i suoi esiti sono difficilmente prevedibili.

Sotto un primo profilo, deve anzitutto rilevarsi che l'assenza di precedenti rende assai difficile pervenire a una definizione condivisa di cosa debba intendersi per "incapacità". La dottrina prevalente ritiene che questa sia determinata da motivi di salute, più gravi però di quelli riferibili all'impedimento temporaneo, dal momento che il Presidente non sarebbe neppure in condizione di assumere o comunicare al Congresso le proprie decisioni in merito al trasferimento dei poteri al suo Vice; per tale ragione, la Costituzione stabilisce che sia appunto il Vicepresidente a procedere.

In secondo luogo, l'attivazione della sez. 4 del XXV emendamento è suscettibile di determinare uno scontro istituzionale di inedita portata, in caso di "disaccordo" fra il Presidente e il suo Vice, circa la cessazione dell'impedimento.

Si configurerebbe infatti una sorta di "sfiducia" del Vicepresidente per la capacità del Capo dello Stato, che può venir costretto all'allontanamento con il consenso della maggioranza del *Cabinet* e del Congresso (secondo una logica che rende il meccanismo idoneo forse a inserirsi in un contesto parlamentare, ma estraneo alla logica che invece caratterizza il rapporto fra il Presidente e il Gabinetto nel sistema presidenziale).

Né pare debba trascurarsi il fatto che la Costituzione non prevede la creazione di organismi per accertare, in maniera neutrale e sulla base di elementi scientifici, la reale natura e latitudine dell'incapacità del Presidente.

La sez. 4 del XXV emendamento ha ricevuto nel complesso modesta attenzione in dottrina, per finire al centro del dibattito giuridico e politico-istituzionale – ascendendo alla ribalta mediatica – solo successivamente all'elezione di Trump⁷⁷.

La *Speaker* della Camera dei Rappresentanti, chiedendone l'attivazione al Vice Presidente Pence, era consapevole delle difficoltà insite nel ricorso all'insidioso meccanismo sopra descritto (quali ad esempio l'impossibilità sia di superare il rifiuto del vice Presidente di raccogliere il consenso di almeno otto Segretari di Dipartimento e avviare la procedura, sia di escludere, nel caso invece di un esito positivo del procedimento, che il Presidente *ad interim* conceda infine la desiderata grazia a Trump).

Nell'ottobre 2020, Nancy Pelosi aveva peraltro presentato (insieme al deputato Jamie Raskin) un progetto di legge⁷⁸ volto a istituire – dopo oltre cinquant'anni dall'introduzione del XXV emendamento – una "*Commission on Presidential Capacity to Discharge the Powers and Duties of the Office*", per procedere, in alternativa al Vicepresidente e ai membri del Gabinetto, nella dichiarazione di incapacità del Capo dello Stato. Il Congresso avrebbe avuto la possibilità di condurre in piena autonomia un processo conoscitivo volto ad accertare l'effettiva capacità fisica e mentale del Presidente di "*execute the powers and duties of his office*", grazie alle indagini mediche svolte da un *non partisan body* permanente, composto da diciassette membri.

Alla luce di quanto sin qui detto, può esser meglio inquadrato il rifiuto del Vicepresidente Pence, comunicato in una lettera del 12 gennaio alla *Speaker* della Camera dei Rappresentanti, di invocare la sez. 4 del XXV emendamento.

Dopo aver ricordato di non aver ceduto alle pressioni per intervenire, oltre quanto giuridicamente consentito dal suo ruolo, nel conteggio dei voti dei grandi elettori, il Vicepresidente ha dichiarato di volersi sottrarre anche a quelle esercitate dalla Camera affinché egli svolga "*a political role*", in un

⁷⁷ Sul tema, si veda in particolare, l'ampia analisi di J. K. GOLDSTEIN, *Talking Trump and the Twenty-Fifth Amendment: Correcting the Record on Section 4*, in *Journal of Constitutional Law*, vol. 21, no. 1, 2018, 73-152.

⁷⁸ Cfr. 116th Congress, 2D session, H.R. *To establish the Commission on Presidential Capacity to Discharge the Powers and Duties of the Office, and for other purposes*, October 8, 2020. Il Progetto riprende largamente il contenuto di quello presentato dal deputato democratico e professore universitario Jamie Raskin nel 2017 [*Oversight Commission on Presidential Capacity Act* (H.R. 1987)].

momento così grave della vita del Paese. Richiamando le parole con le quali Nancy Pelosi aveva accompagnato la presentazione del disegno di legge cui abbiamo sopra fatto cenno, Pence ha affermato che “*President’s fitness for office must be determined by science and facts*”, tramite un giudizio basato su una decisione medica. Il XXV emendamento – conclude il Vice Presidente – “*is not a means of punishment or usurpation*” e il suo utilizzo, al solo fine di colpire politicamente il Presidente, costituirebbe un “terribile” precedente⁷⁹.

Il giorno successivo, la Camera dei Rappresentanti ha quindi approvato, con 232 voti favorevoli e 197 contrari, una risoluzione “*impeaching Donald John Trump, President of the United States, for high crimes and misdemeanors*”⁸⁰.

Il *tycoon* chiude il suo mandato con un altro record: è uno dei pochi Presidenti a non essere rieletto una seconda volta e l’unico ad esser stato sottoposto ad *impeachment* per ben due volte⁸¹.

6. L’*Inauguration Day*: lo *stress test* finale del sistema costituzionale statunitense

La risoluzione del 13 gennaio 2021 con cui la Camera dei Rappresentanti ha avviato la procedura di *impeachment* costituisce il temporaneo (prevedibile) epilogo del più difficile *test* cui sia stato di recente sottoposto il sistema costituzionale statunitense, esprimendo la forte reazione di un Congresso intenzionato a consegnare ai posteri un giudizio di pesante condanna morale del Presidente Trump.

Indipendentemente dall’esito del complesso procedimento, le lapidarie affermazioni contenute nel documento rimarranno nella storia a mo’ di monito e deterrente nei confronti di tentativi di *abuse of power* da parte di futuri Presidenti.

L’accusa della Camera è formulata in un unico articolo di *impeachment*, che racchiude però una sintetica ed efficace narrazione di tutti gli snodi più significativi delle elezioni presidenziali, a motivazione dell’*indictment* finale di “incitamento all’insurrezione”.

La ricostruzione della dinamica relativa all’assalto al Campidoglio viene preceduta dall’evocazione delle false dichiarazioni di Trump, rilasciate nei mesi precedenti la seduta congiunta del Congresso sui risultati delle elezioni presidenziali e del successivo e deliberato incitamento della folla, sfociato in azioni “violente, mortali, distruttivi e sediziose” nel Campidoglio.

Né manca il ricordo degli sforzi prodotti dal Presidente, prima della *joint session* del Congresso, per ostacolare e sovvertire la certificazione dei risultati delle elezioni presidenziali, compreso le pesanti intimidazioni rivolte al Segretario di Stato della Georgia.

Trump viene accusato di aver gravemente messo in pericolo la sicurezza nazionale degli Stati Uniti e quella delle sue istituzioni, di aver minacciato l’integrità del sistema democratico e interferito con la transizione del potere, violando il giuramento di difendere la Costituzione.

A ben vedere, l’*impeachment* è stato configurato dai Padri Costituenti come uno strumento che consente anche di allontanare “con disonore” un Presidente e di proiettare gli effetti del giudizio di condanna in una dimensione non soltanto morale, attraverso una pronuncia di interdizione da tutti i pubblici uffici federali.

⁷⁹ Cfr. White House, Statement and Releases, [Letter to Speaker Nancy Pelosi on 25th Amendment Resolution](#), January 12, 2021.

⁸⁰ H.Res.24 - *Impeaching Donald John Trump, President of the United States, for high crimes and misdemeanors*, 117th Congress (2021-2022), introdotta l’11 gennaio 2021.

⁸¹ Il primo procedimento di *impeachment* nei confronti di Donald Trump è stato avviato dalla Camera dei Rappresentanti il 18 dicembre 2019 e il Senato ha assolto il Presidente, il 5 febbraio 2020, dall’accusa di aver esercitato pressioni sul Capo di Stato dell’Ucraina (minacciando la sospensione di aiuti militari), per costringerlo ad avviare indagini “*for his personal political benefit*”. Il secondo *impeachment* di Trump, avviato il 13 gennaio, ma che il Senato non riuscirà a concludere, ha posto il problema se sia consentito sottoporre alla procedura in oggetto un Presidente cessato dalla carica. La tesi prevalente sembra ammettere tale possibilità, ma come evidenziato da J. P. COLE, T. GARVEY, *The Impeachment and Trial of a Former President*, Congressional Research Service, Washington D.C., January 15, 2021, 5 (cui si rinvia per la ricostruzione del dibattito dottrinale sul tema) “*in more recent history, both the House and the Senate have generally decided not to proceed with the impeachment of an official who has resigned their office.*”

L'art. I, sez. 3, prevede infatti che le condanne pronunciate in caso di *impeachment* “non avranno altro effetto se non di allontanare l'accusato dalla carica che occupa e di interdirlgli, negli Stati Uniti, l'accesso a qualsiasi carica onorifica, di fiducia o retribuita”.

Il Senato, dopo aver deliberato la condanna, a maggioranza dei due terzi (che comporta la rimozione dall'incarico), può approvare, con un voto separato – a maggioranza semplice – la *disqualification* di Trump⁸². In tal modo a quest'ultimo verrebbe impedito sia di godere del *presidential pardon* (nell'ipotesi, a dir il vero abbastanza remota, che Biden voglia ricomporre le divisioni politiche e sociali con il gesto simbolico forse più clamoroso), sia di correre per le elezioni presidenziali, nel 2024.

L'intento della Camera dei Rappresentanti di “proteggere il Paese” dalla minaccia rappresentata da una possibile ricandidatura di Trump si evince, a ben vedere, dal richiamo, nella risoluzione di *impeachment*, della sez. 3 del XIV emendamento, la quale vieta a chi “abbia preso parte ad una insurrezione o ribellione” contro gli Stati Uniti di ricoprire “qualsiasi ufficio, civile o militare, presso gli Stati Uniti o presso qualsiasi Stato”. In tal modo, la *disqualification clause* del XIV emendamento potrebbe aprire le porte a un'interdizione più ampia, estesa agli uffici degli Stati membri della Federazione.

Nonostante la Camera abbia formalizzato assai rapidamente il capo di imputazione, il Senato non potrà completare il processo prima dell'insediamento di Biden; l'interpretazione prevalente è però quella che consente alla procedura di *impeachment* di proseguire il suo percorso parlamentare, anche se il Presidente è ormai cessato dalla carica.

In tal modo, le ombre delle vicende che hanno accompagnato le elezioni e la transizione presidenziale continueranno a proiettarsi sulla nuova amministrazione, con il rischio di minare gli sforzi che la Presidenza Biden dovrà compiere per favorire la ricomposizione della frattura politica e sociale. Né pare debba sottovalutarsi l'impegno richiesto al Congresso, nei prossimi mesi, per fronteggiare – si spera in un rinnovato e responsabile spirito *bipartisan* – i pesantissimi effetti determinati dall'aggravarsi di una crisi sanitaria che ha innescato quella economica, la quale a sua volta ha reso più profonde le fratture sociali.

L'insieme di questi aspetti rende la cerimonia di insediamento del 20 gennaio 2021 del Presidente Biden un evento denso di significati simbolici e l'ulteriore banco di prova della tenuta della democrazia statunitense.

Il 46° Presidente degli Stati Uniti⁸³ e la Vice Presidente (in assenza del precedente Capo dello Stato, come non avveniva dal 1869), sono chiamati a giurare fedeltà alla Costituzione, nelle mani del *Chief Justice* John Roberts, alle ore 12.00, nella *location* del *West Front* del Campidoglio, davanti a uno schieramento senza precedenti di militari e agenti di polizia, per la minaccia di rivolte e attentati da parte dei gruppi estremisti.

Il consueto rituale di insediamento e gli altri eventi ad esso connessi sono stati ridefiniti anche alla luce delle misure di sicurezza imposte dalla pandemia COVID-19.

L'*Inauguration Day* è infatti uno dei più importanti eventi pubblici, che comprende, oltre al giuramento, seguito dal discorso inaugurale del Presidente, anche parate e molti eventi collaterali divenuti nel tempo parte integrante della cerimonia (la cui organizzazione spetta al *Joint Congressional Committee on Inaugural Ceremonies*).

Si tratta però anche dell'appuntamento cui partecipa la gran parte della *leadership* politica, i massimi funzionari governativi e il personale diplomatico di più alto profilo; per tale ragione è

⁸² A differenza della rimozione, la *disqualification* esprime un giudizio discrezionale e non vi è alcun legame costituzionale esplicito con il voto dei due terzi sulla condanna. In passato il Senato ha peraltro approvato la *disqualification* separatamente, con un voto a maggioranza semplice. Cfr. E. RYBICKI, M. GREENE, *The Impeachment Process in the Senate*, Congressional Research Office, Washington D.C., 20.

⁸³ Joe Biden è considerato il 46° Presidente, anche se in realtà i Presidenti statunitensi sono stati 45, perché Grover Cleveland, non rieletto per un secondo mandato nel 1889, ma tornato alla Casa Bianca quattro anni dopo, è formalmente ritenuto il 22° e il 24° Presidente.

classificato come *National Special Security Event*, la cui sicurezza è affidata allo *United States Secret Service*.

Le misure di sicurezza, di per sé già imponenti, sono state intensificate in ragione di quanto successo il 6 gennaio, del confluire di molti manifestanti, del concreto rischio di attentati e azioni violente (temute peraltro in tutto il Paese), di fatto “militarizzando” l’insediamento di Biden, in una capitale praticamente in stato di assedio.

In un clima di incertezza e di attesa ansiosa per lo sviluppo degli eventi, il miglior auspicio che pare possa formularsi è che la “forza tranquilla” del Presidente Biden offra, nel suo *inaugural address*, un primo solenne contributo alla riunificazione del Paese.

Solo in tal modo, l’atto formale di chiusura di uno dei più tragici e insieme grotteschi processi di transizione della storia statunitense potrebbe davvero consentire di voltar pagina, cominciando – fuor di metafora – da quella dedicata a Trump dal *Time*, nel 2016, annunciandone la nomina a “personaggio dell’anno” e profeticamente appellandolo “*President of Divided States of America*”.

Giampiero Buonomo
L'ordinanza di rimessione e la parte: il Golem e la marionetta*

ABSTRACT: *The cursory practice of the judges - who “help”, with their autonomous power, the fragility of party allegations - has produced the principle of the necessary self-sufficiency of the referral to the Constitutional Court : it could be explained with the obligation to provide reasons, and the need to counterbalance the progressive tendency of the Court towards an increasingly in-depth assessment, which overlaps the jurisdiction of the referring court.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'autosufficienza dell'ordinanza di rimessione. – 3. Il punto di vista forense negli atti preparatori. – 4. La visione dell'accademia negli atti preparatori. – 5. La non manifesta infondatezza causa di inammissibilità del giudizio costituzionale.

1. Premessa.

1. Sotto il profilo esegetico, tra l'articolo 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 e l'articolo 23 della legge n. 87 del 1953 vi è un punto di contatto, che la successiva giurisprudenza della Corte costituzionale sembra aver volutamente disatteso: in ambedue i testi il verbo “sollevare” – riferito alla q.l.c. che emerge in via incidentale nel corso del giudizio *a quo* – è riferito alle parti del giudizio, pur affiancandosi all'uguale possibilità attivata in via officiosa dal giudice.

Lungi dall'essere redatta attingendo “a rime obbligate” dalla istanza di parte che solleva la q.l.c., spesso l'ordinanza plasma il *petitum* fino a deformatlo secondo l'autonomo convincimento del giudice *a quo*. In molti casi l'uso dell'ordinanza, da parte del giudice *a quo*, è stato l'esatto opposto della mera delibazione, diventando la creta con cui modellare in autonomia un Golem: come nella leggenda praghese, in cui il rabbino Loew infonde vita ad un materiale inanimato mediante l'apposizione della sua scritta sulla fronte della statua, così la q.l.c. dipende sempre più da come il giudice *a quo* presenta o “risistema” le doglianze della parte, fino a concorrere in guisa paritaria anche al “sollevare” di parte.

Il concorso tra impulso di parte e potere officioso potrebbe essere la classica leva argomentativa per “intarsiare” gli *alligata partium* con le iniziative autonome del magistrato; ma il rischio di avallare la prassi corriva dei giudici *a quo* – che “soccorrono”, con il loro potere autonomo, alle fragilità delle allegazioni di parte – ha prodotto una ben più modesta consacrazione, mercé il principio della necessaria autosufficienza dell'ordinanza di rinvio: la scelta di uno strumento assai meno impegnativo dimostra che la questione incrocia altri istituti necessari all'operatività del giudizio costituzionale. Almeno due sono, nella ricostruzione che qui si propone, gli istituti coinvolti: quello dell'obbligo di motivazione, alla luce della peculiarità secondo cui, nell'accoglimento dell'istanza, il giudice *a quo* non è tenuto all’“adeguatezza” che, invece, è richiesta per l'ordinanza di diniego; l'esigenza di controbilanciare la “progressiva tendenza della Corte verso una valutazione sempre più approfondita della rilevanza, che si sovrappone alla competenza del giudice *a quo*”¹.

2. L'autosufficienza dell'ordinanza di rimessione.

È ben vero che per la Corte «il sindacato sulla rilevanza deve essere effettuato in relazione all'atto introduttivo, con cui viene sollevata la questione incidentale», e «che deve contenere — in via autonoma — tutti gli elementi necessari a consentire (...) l'esame del processo logico-deduttivo attraverso cui si è pervenuti alla rimessione» ([sent. n. 225 del 2012](#)). Ma questa ostinazione appare

* Contributo sottoposto a referaggio.

¹ S. LIETO, *Decisioni «processuali» e potere implicito della Corte costituzionale di selezione delle questioni di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2016, 840.

soprattutto volta ad evitare che – attraverso il principio secondo cui è comunque la Corte *ad quem*, con la sua decisione, a verificare la congruità della motivazione del giudice *a quo* in punto di rilevanza – possa addivenirsi ad una «delibazione alternativa degli atti del giudizio *a quo*» ([sent. n. 225 del 2012](#)).

Il principio della necessaria autosufficienza dell'ordinanza di rinvio riposa su un equivoco: apparentemente, esso censura il mancato rispetto del sintagma “riferiti i termini ed i motivi dell'istanza con cui fu sollevata la questione”, contenuto nel secondo comma dell'articolo 23 della legge n. 87/1953. Tutti i casi in cui in suo nome si è esercitato il rigore della Corte, però, sono stati la proiezione “cartolare” dell'esigenza che il giudice *a quo* motivasse il suo convincimento, in ordine alla rilevanza ed alla manifesta infondatezza: in realtà, anche quando la Corte lamenta “l'omessa o insufficiente descrizione della fattispecie”, lo fa perché l'omissione o l'insufficienza pregiudicano la sua facoltà di apprezzare (quanto meno) la rilevanza della q.l.c. nel giudizio *a quo* e, pertanto, violano la prima parte del citato secondo comma.

Se infatti il giudizio di ammissibilità dipende dalla possibilità di controllare un determinato profilo del giudizio *a quo* (che esso effettivamente non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale), è evidente che a questo tende il principio di autosufficienza: non deve cioè essere “scaricato” sulla Corte l'onere di una prova che compete al giudice *a quo*. Questi deve produrre tutti gli elementi processuali che dimostrino come abbia un ruolo dirimente, nella *causa petendi*, la norma, della cui incostituzionalità si dubita in modo non manifestamente infondato. Né il rinvio ad altri giudizi, richiamati *per relationem* perché aventi il medesimo oggetto ([ord. n. 19/2018](#)), né il richiamo pedissequo agli atti processuali – pure trasmessi in allegato all'ordinanza o in essa riprodotti con apposito virgolettato – bastano a disimpegnare il compito.

Non ci si nasconde, ovviamente, che su questo profilo, apparentemente di mero rito, staglia la sua ombra una ben diversa e più sostanziale questione, consacrata dalla giurisprudenza pretoria della Corte costituzionale: se il giudice *a quo* non sia più mero controllore ma “vero soggetto di impulso processuale” del giudizio incidentale². Nel tentativo di rimarcare questa ben precisa divisione dei ruoli, la Corte costituzionale è però andata in sovracuto quanto ha affermato: “l'omessa o insufficiente descrizione della fattispecie non è emendabile mediante la lettura diretta degli atti, in quanto impedita dal principio di autosufficienza dell'atto di rimessione. Il che preclude il necessario controllo in punto di rilevanza” ([ord. n. 242/2018](#)). Persino chi ha sottolineato “lo scadimento dell'istanza di parte a semplice stimolo”³ lamenta che un divieto di consultare gli atti del giudizio principale sarebbe del tutto asistemico: quell'impedimento in senso (soltanto) giuridico confligge con l'obbligo di trasmettere, con l'ordinanza di rimessione, tutti gli atti processuali relativi alla questione proprio alla Corte costituzionale⁴. Anche qui, tuttavia, la parte finale della massima costituzionale ne circoscrive e ne spiega la vera portata: non un mero obbligo “cartolare”, ma una descrizione che – rispetto alle allegazioni di parte – attesti che è maturato il convincimento di un organo terzo sulla pregiudizialità della questione rispetto alla causa. Su questo, e solo su questo, si richiede che l'organo abilitato alla cognizione della causa, nel far proprie le allegazioni di parte, non eluda un passaggio proprio della sua funzione, restando competente a discernere la natura non incidente, ma determinante, della questione sollevata dalla parte.

Spingersi oltre, con una lettura ottusa del principio di autosufficienza, significherebbe rischiare, per l'ordinanza di rimessione, di superare persino lo standard elevatissimo dell'adeguatezza motivazionale, prescritto dal legislatore per il diniego (art. 24 l. n. 87 cit.): per quest'ultimo è adeguata la motivazione stilata rispetto agli argomenti spesi dalla parte che solleva la q.l.c., non rispetto al dato meramente cartolare del fascicolo processuale, per cui un diniego inadeguato potrebbe essere censurato in sede di riproposizione dell'istanza nei successivi gradi del giudizio. Effetto ben più

² P. GIOCOLI NACCI, *L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale*, Napoli, Jovene, 1963, 205 ss.

³ R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985, 77.

⁴ R. ROMBOLI (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2018, II, 71.

robusto, rispetto alla mera ordinanza di accoglimento che deve semplicemente motivare perché gli argomenti della parte sono apparsi persuasivi.

L'ordinanza stilata *banco iudicis* ha continuato nei decenni ad essere trasmessa alla Corte costituzionale, sotto forma di estratto del processo verbale. La stessa Corte costituzionale ha ancora di recente dichiarato che “è sufficiente che il giudice *a quo* proponga una motivazione plausibile con riguardo alla rilevanza della questione, riconoscendosi finanche forme implicite di motivazione al proposito, sempreché, dalla descrizione della fattispecie, il carattere pregiudiziale della questione emerga con immediatezza ed evidenza” ([Corte cost., sent. 24/02/2017, n. 42](#), citando a sostegno le sue precedenti [sentt. nn. 120 del 2015](#), [201 del 2014](#) e [369 del 1996](#)).

È però un fatto che la motivazione dell'ordinanza sia, oramai, richiesta indifferente sia per la rilevanza che per la non manifesta infondatezza. Con [ord. n. 173/2000](#), ad esempio, la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità scrutinando una “motivazione, assolutamente carente sia in ordine alla rilevanza che in ordine alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale”, che “non può ritenersi integrata da quella dei decreti, precedentemente emessi nel medesimo procedimento cautelare, di cui il giudice *a quo* ha disposto l'allegazione all'ordinanza di rimessione, dovendo quest'ultima risultare autosufficiente ai fini dell'individuazione dei termini e dei profili del giudizio demandato alla Corte, nonché degli argomenti a sostegno della denuncia d'illegittimità costituzionale della norma impugnata (cfr. [ord. n. 419 del 1997](#), e [sent. n. 79 del 1996](#))”.

La commistione potrebbe farsi discendere dalla oramai radicata insensibilità del giudizio costituzionale alle vicende del rapporto o del processo *a quo* (art. 18 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale), che ha separato il giudizio dalla rilevanza dall'utilità concreta della statuizione costituzionale per le parti (v. [sentt. nn. 119/2015](#) e [133/2016](#)). Ma l'equivoco che si è creato, intorno al principio della necessaria autosufficienza dell'ordinanza di rinvio di una questione di legittimità costituzionale, più probabilmente ha origine da una sequenza di torsioni normative, che ebbero luogo durante i lavori preparatori della legge n. 87 del 1953.

3. Il punto di vista forense negli atti preparatori.

Quello che sarebbe diventato l'articolo 23 della legge n. 87/1953 era, nella proposta iniziale del Governo (disegno di legge n. 23, presentato dal governo De Gasperi per introdurre “Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale”), strettamente agganciato alla legge costituzionale n. 1 del 1948, secondo cui la q.l.c. era sollevata da una delle parti del giudizio *a quo* mediante apposita istanza (art. 20, comma 1).

Il Governo proponente distingueva tra il “ricorso” (di cui all'articolo 29 del disegno di legge iniziale, per i conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, ed all'articolo 32 per i conflitti tra Stato e regione) e l'“ordinanza”: questa era emessa sulle questioni di legittimità costituzionale “sollevate” da una delle parti o dal pubblico ministero mediante “apposita istanza”, contenente tra l'altro i “motivi dell'asserita incostituzionalità”. Il ministro di grazia e giustizia Grassi (di sicuro memore della legge costituzionale che appena, un anno prima, aveva firmato da Guardasigilli) si erse addirittura, in seduta, a tutore della derivazione diretta di questa previsione dalla legge costituzionale n. 1/1948, non a caso invocata in esplicito nell'*incipit* dell'articolo 20 proposto dal Governo⁵.

Anche il testo che la Commissione sottopose all'Assemblea in prima lettura continuava a recare, all'allora articolo 22, comma 1, il sintagma secondo cui “una delle parti o il pubblico ministero possono, a termini dell'articolo 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza”. Il senatore Giacinto Bosco richiedeva che in luogo di “istanza” si parlasse di “ricorso”: ma il suo arrivo in seduta fu tardivo e questo emendamento (rispetto alla cui prima versione egli, addirittura, aveva eliminato il riferimento “al termine dell'articolo 1 della legge costituzionale” n. 1/1948) fu dichiarato decaduto per assenza del

⁵ Senato della Repubblica, I legisl., Assemblea, *Discussioni*, 18 febbraio 1949, 5503.

proponente. Il relatore Persico sottolineò che la legge costituzionale n. 1/1948 prevedeva che il giudice – che non ritenesse manifestamente infondata la questione rilevata d’ufficio e sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio – la rimettesse “senz’altro” alla Corte costituzionale per la sua decisione. Nella relazione il senatore Persico si era “arbitrato” di aggiungere parole “che non si trovano nel testo della legge, ma è evidente che la *mens legis* questo voleva esprimere”: cioè che la pronuncia del giudice non doveva essere “soggetta a gravame per speditezza di procedimento”⁶.

Come si spiega, allora, che l’oggetto dell’ordinanza venisse “dilatato” con un requisito ulteriore, che solo implicitamente si sarebbe potuto ricavare dal sintagma costituzionale “nel corso di un giudizio”? Quel requisito si affaccia inizialmente sotto forma di “pertinenza” al *thema decidendum*: quando finalmente entra in Aula, Bosco difende e porta in approvazione proprio questo emendamento. Non si tratta di due vicende separate, rispetto alla proposta abortita: nella prima versione dei testi depositati dal senatore Bosco⁷ i due emendamenti erano strettamente collegati, e non a caso.

Proprio l’accrescersi delle funzioni ascritte all’ordinanza⁸ offre il destro a Giacinto Bosco per predicare una maggiore tipicità dei suoi contenuti: anche requisiti considerati impliciti un anno prima ora gli sembrano necessari. Se pure la scelta della veste dell’ordinanza, nel testo del Governo, fosse riconducibile al solo articolo 176 c.p.c. (secondo cui tutti i provvedimenti del giudice istruttore, salvo che la legge non disponga altrimenti, hanno la forma dell’ordinanza), è però un riflesso condizionato quello dell’avvocato, che vede sempre la necessità di ribadire quanto disposto dal primo comma dell’articolo 177 c.p.c.: le ordinanze, comunque motivate, non possono mai pregiudicare la decisione della causa. E che il ceto forense fosse rappresentato, in questa fase dell’esame parlamentare del testo, è dimostrato proprio dagli attori della discussione in Senato.

Ben prima che decollasse la sua lunga carriera ministeriale, il senatore Giacinto Bosco, agli albori dell’età repubblicana, rappresentava un’antica presenza intellettuale, il ceto forense della provincia meridionale; se poi si considera che la sua provenienza era casertana, si può apprezzare una dimestichezza con il potere che, dai servigi offerti a Federico II da Gualtiero di Palearia, arrivava fino a quelli forniti dal suo prozio Raffaele Perla a Giuseppe Zanardelli. Non è il solo: anche il senatore Mario Berlinguer - che veniva dalla professione legale, travasata nella carica di alto commissario aggiunto per le sanzioni contro il fascismo - nella stessa seduta richiese la precisazione testuale, secondo cui l’ordinanza andava motivata. La proposta dell’avvocato sardo venne ritirata, ma solo quando il relatore lo rassicurò citando l’articolo 111 Cost. secondo cui tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati, nonché l’articolo 134 c.p.c., secondo cui l’ordinanza è “succintamente motivata”⁹.

Ci sarebbero voluti oltre trent’anni per consacrare positivamente, nella disciplina costituzionale, le intuizioni dei due senatori avvocati. La sentenza delle sezioni unite civili della Corte di cassazione 31 maggio 1984, n. 3317 confermò il carattere non decisorio anche per le ordinanze di remissione alla Corte costituzionale, dichiarandone la natura ordinatoria di mera trasmissione della causa, strumentale alla decisione di detta Corte (e pertanto insuscettibile di ricorso per cassazione): “il giudice che ha emesso quell’ordinanza è unicamente vincolato alla successiva osservanza della decisione della stessa Corte costituzionale e non da quella sua preventiva delibazione, diretta ad investire della questione la suddetta corte per la specifica contestazione”. Ad analogia rassicurazione si prestava già la preveggenza iniziativa emendativa svolta dal senatore Bosco. Non soltanto egli richiamava il diritto processuale civile (nella parte in cui già contempla consolidati requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali), ma così proseguiva: “trattandosi di un giudizio di merito, la cui premessa maggiore è la norma di cui si discute la costituzionalità, è chiaro che il giudizio di

⁶ Senato della Repubblica, I legisl., Assemblea, *Discussioni*, 18 febbraio 1949, 5503.

⁷ Reperibile nel fascicolo del disegno di legge, recentemente posto a disposizione degli utenti nell’Archivio storico del Senato.

⁸ Ad esempio, precisandone la natura sospensiva del giudizio *a quo*: Senato della Repubblica, I legisl., Assemblea, *Discussioni*, 18 febbraio 1949, 5501.

⁹ *Ibidem*, 5505 e s.

costituzionalità ha ragione di essere soltanto se serve a risolvere la questione di merito” (*ibidem*, 5500).

Al di là della minore precisione della “pertinenza” rispetto alla “rilevanza” (che in prosieguo di *iter* prevarrà, con una più adeguata ricalibratura del requisito), il problema cui Bosco tiene è proprio la motivazione dell’atto: se neppure serve a fini di immediato gravame, ogni atipicità dell’ordinanza è rischiosa, tanto più in presenza dei poteri officiosi del giudice. Essa entrerebbe in competizione con il terzo capoverso del primo comma dell’articolo 22 del testo dell’Atto Senato n. 23-A, secondo cui l’istanza delle parti che solleva la questione indica “i motivi dell’asserita incostituzionalità”. La soluzione che offre Bosco, con il suo emendamento, è di deviare sulla pertinenza la motivazione dell’atto, laddove mantiene invece il mero obbligo del giudice di riferire “i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione”: seppure non si tratti di “ricorso”, l’istanza di parte è quella che “solleva” la q.l.c. ed il giudice si limita a riferirla alla Corte costituzionale, sia pure delibandone la non manifesta infondatezza.

All’uscita del testo dal Senato la motivazione, quindi, in senso proprio è quella della pertinenza, mentre per il resto l’ordinanza ha un effetto di clausola di esecutività dell’affermata pregiudizialità della questione (sotto forma della sospensione obbligatoria del giudizio *a quo*), nonché di mera trasmissione dell’istanza di parte: che debba allegarla o che la virgoletti poco importa, la cosa che appare decisiva è che il giudice non se ne possa discostare ma debba riferirla “a rime obbligate”. Per converso, lo stesso Bosco richiedeva, in un terzo emendamento, che “la decisione della Corte sulle questioni di legittimità costituzionale, proposte a termini del precedente art. 20, dichiara se siano incostituzionali, o meno, le norme di legge o di atto avente forza di legge indicate nell’ordinanza dell’autorità giurisdizionale di cui al comma 2 dello stesso art. 20”: sebbene non pienamente recepita nell’allora articolo 23, questa proposta illumina chiaramente sulla funzione che il proponente ascriveva all’ordinanza, di mera delimitazione dell’oggetto della pronuncia all’esistenza delle norme impugnate, ai fini del prosieguo del giudizio.

4. La visione dell’accademia negli atti preparatori.

Alla Camera dei deputati il ceto forense non è meno rappresentato. Ma il fatto che la relazione sia condotta da un affermato docente come Alfonso Tesauro, per anni preside della facoltà di giurisprudenza all’Università Federico II di Napoli, imprime al testo una curvatura di stampo accademico, che pone attenzione all’efficienza del sistema secondo una tipica valutazione weberiana di idoneità allo scopo. Compagno nella sua relazione all’Aula, tra i “vantaggi del sistema (...)”: a) di non sovraccaricare la Corte di lavoro superfluo; b) di eliminare il pericolo che le parti possano ricorrere alla questione di legittimità a scopi dilatori; c) di limitare la presenza in giudizio innanzi alla Corte costituzionale solo alle parti che abbiano un effettivo interesse alla sua soluzione, e ciò in osservanza dello spirito della Costituzione (legge costituzionale 1948, n. 1) che ammette il ricorso alla Corte da parte di privati solo in via di eccezione”¹⁰.

Era, beninteso, un’esigenza non sconosciuta al precedente dibattito all’altro ramo: come aveva dichiarato trionfante Bosco dopo l’approvazione del suo emendamento, “non potrà essere sollevata la questione se dalla sua risoluzione non dipenda il merito della causa”¹¹. Ma stavolta la funzione “preventiva” della motivazione era estesa ad ambedue i requisiti di ammissibilità: non più solo la pertinenza - evoluta già dell’impossibilità di definizione del processo indipendentemente dalla risoluzione della q.l.c. (la cosiddetta rilevanza) - ma anche la non manifesta infondatezza. Il timore, che si affaccia per la causa *a quo*, non è tanto di preconstituzioni dell’esito, quanto di ricadere di fatto nel *non liquet*: “la rimessione degli atti alla Corte potrebbe apparire come un mezzo per liberarsi per

¹⁰ I legisl., Camera dei deputati, *Atti parlamentari*, Disegni di legge e relazioni, Atto Camera n. 469-A, 35.

¹¹ Senato della Repubblica, I legisl., *Assemblea, Discussioni*, 18 febbraio 1949, 5507.

il momento dalla causa, salvo alla Corte costituzionale a decidere sulla fondatezza dell'eccezione"¹². Nella relazione del professor Alfonso Tesauro parrebbe entrare, in quello che è diventato l'articolo 24 dell'Atto Camera n. 469-A, soprattutto un'esigenza deflattiva del contenzioso: "uno dei pericoli più gravi della procedura di incostituzionalità (...) è che i giudici *a quo* facciano troppo largo uso del potere ad essi concesso di rimettere gli atti alla Corte costituzionale"² (*ibidem*).

Qui vi è il punto di maggior distanza rispetto alla visione del testo iniziale, espressa in Senato: "perché il giudice possa non curarsi e quindi rigettare la eccezione di incostituzionalità, è indispensabile che la sua infondatezza possa essere rilevata, come suol dirsi *ictu oculi*. In caso contrario, data la gravità della eccezione, si darebbe al giudice un potere discrezionale eccessivo"¹³. Alla Camera dei deputati, la motivazione occorre per tutta la "decisione", perché in tal guisa il giudice *a quo* "non sarebbe indotto a sollevare la questione di incostituzionalità anche nel caso di manifesta infondatezza della stessa"¹⁴.

Ne derivava l'espunzione dei motivi dall'oggetto dell'"istanza" delle parti del n. 3 del primo comma del testo iniziale ("i motivi dell'asserita incostituzionalità"): oramai, nella relazione all'Assemblea della Camera, l'articolo (divenuto provvisoriamente 24) parla di "motivi solo al comma secondo (ove prescrive all'ordinanza di disporre la trasmissione 2riferiti i termini ed i motivi dell'istanza)" ed al comma terzo (ove traspone alla q.l.c. sollevata d'ufficio, con ordinanza, le "indicazioni previste nel comma precedente2).

In Assemblea il deputato Gastone Costa cercò di sventare il pericolo di concedere al giudice un potere privo di contrappesi: la sua proposta era da un lato quella di consacrare il contenuto dell'istanza "in processo verbale di udienza o in atto separato"; per converso, prendendo atto della dilatazione dei poteri del giudice uscita dalla relazione Tesauro, una sua seconda proposta era che l'ordinanza, oltre a riassumere i termini e i motivi dell'istanza, indicasse "per quali di detti motivi" il giudice "ritenga che risultino disconosciute o travisate le direttive segnate dalla Costituzione". Il tutto corredato da un obbligo motivazionale "sia nel senso positivo che negativo"¹⁵.

La proposta dell'avvocato rodigino venne, non sorprendentemente, respinta dal Governo: il ministro senza portafoglio Petrilli (futuro presidente del Consiglio di Stato) ebbe buon giuoco a sostenere che "la regola è che l'autorità giurisdizionale rimette gli atti alla Corte costituzionale: eccezionalmente non li rimette quando la questione sollevata sia manifestamente infondata (...) Obbligare l'autorità giudiziaria a fare essa una specie di deliberazione positiva sul grado presunto della attendibilità, sulla possibilità o meno, quindi, di accoglimento, mi pare, anche nelle espressioni usate, sia alcunché di generico"¹⁶. Il *péndant* di una garanzia offerta alle parti, nei termini di un onere motivazionale paritario e circoscritto, venne quindi respinto con l'argomento che non si era affatto introdotto un giudizio deliberatorio del giudice *a quo*: argomento un po' specioso, alla luce delle successive evoluzioni della norma, ma che in quel momento apparve persuasivo.

Il primo emendamento del deputato Costa venne perciò ritirato e l'articolo (*olim*) 24 fu approvato nel testo della Commissione. Ma un intervento del presidente della Commissione referente, Giovanni Leone, aveva introdotto un elemento di confusione nel dibattito: stante la fine di seduta, si ritenne di rinviare l'esame della seconda proposta dell'onorevole Costa, riferita alla motivazione dell'ordinanza ed all'impugnabilità della medesima, con riserva di coordinamento finale.

In effetti, in una successiva seduta l'emendamento Costa ritornò in esame, *sub specie* di articolo 24-*bis*, e scatenò un dibattito sui sistemi rimediali che si sarebbero dovuti apprestare per il caso in cui "il giudice ordinario od amministrativo, davanti al quale viene proposta la eccezione di incostituzionalità di una legge ordinaria o di altro atto avente valore di legge, rifiuta di trasmettere gli

¹² I legisl., Camera dei deputati, *Atti parlamentari*, Disegni di legge e relazioni, Atto Camera n. 469-A, 35.

¹³ Senato della Repubblica, I legisl., Assemblea, *Discussioni*, 18 febbraio 1949, 5501, intervento del senatore Antonio Azara.

¹⁴ I legisl., Camera dei deputati, *Atti parlamentari*, Disegni di legge e relazioni, Atto Camera n. 469-A, 35.

¹⁵ Camera dei deputati, I legisl., Assemblea, *Discussioni*, 9 febbraio 1951, 26020 e s., testi ed intervento del deputato Costa.

¹⁶ Camera dei deputati, I legisl., Assemblea, *Discussioni*, 9 febbraio 1951, 26022 e s.

atti alla Corte”. La sua approvazione, separatamente dall’articolo precedente, apprestava, a questo fine, un obbligo del giudice di “dare adeguata motivazione” qualora l’ordinanza respingesse la eccezione di illegittimità costituzionale “per manifesta irrilevanza o infondatezza”. La riserva di coordinamento - con quanto approvato il mese prima per l’ordinanza adesiva all’istanza (articolo tornato 23 nell’Atto Senato n. 23-B) - fece prevalere il testo della Commissione già votato per quella porzione di norma, attenente all’ordinanza di accoglimento. Ne derivò l’effetto - un po’ straniante - per cui solo l’ordinanza che nega l’accesso alla Corte deva recare una motivazione “adeguata” (articolo 24); la cosa però si spiega con la possibilità, che l’emendamento Costa contemplava, “di riprodurre la stessa eccezione di invalidità costituzionale nei gradi superiori² del giudizio¹⁷”.

Resta da indagare la sorte dell’ordinanza che invece accoglie l’istanza: mentre il secondo comma dell’articolo 23 si manteneva sostanzialmente intatto, il terzo comma (quello sui poteri officiosi) registrava - nel prosieguo delle letture intercamerali - qualche ulteriore “slittamento” verso la tesi dell’ordinanza a motivazione “forte”. Nel corso della seconda lettura in Senato si prescrisse che l’ordinanza del terzo comma contenesse “le indicazioni previste dalle lettere *a*) e *b*) del primo comma e le disposizioni di cui al comma precedente”, cioè di cui al comma secondo. A questo punto, era ermeneuticamente consacrato il *quid pluris* dell’ordinanza del comma 2 rispetto all’istanza delle parti di cui al comma 1: non solo l’indicazione delle “disposizioni della legge o dell’atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziata da illegittimità costituzionale” (lettera *a*) e delle “disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate” (lettera *b*); ma anche un di più, originato dai ragionamenti che il magistrato (autonomamente?) sviluppa in ordine ai requisiti di ammissibilità (rilevanza e non manifesta infondatezza), da lui pienamente “ritenuti” e, per ciò stessi, frutto di convincimento (e per ciò stesso motivabili).

5. La non manifesta infondatezza causa di inammissibilità del giudizio costituzionale.

Il relatore Tesaurò dichiarava, in punto di scrutinio sul rito, che “non è opportuno sottrarre alla Corte costituzionale la possibilità di determinare se è o meno competente a decidere una controversia (...) nel nostro sistema non esiste un organo il quale è chiamato a decidere determinate controversie e non ha, nello stesso tempo, il potere di pronunziarsi sulla propria competenza”¹⁸.

A partire dall’[ord. n. 130/1971](#), in effetti, il sindacato sulla rilevanza dell’art. 23 della l. 87/1953 è stato ricondotto dalla Corte stessa all’art. 1 della l. cost. 1/1948, legittimando una forma più raffinata - si potrebbe dire didascalica - del proprio scrutinio in rito, rispetto alla mera restituzione degli atti. I vantaggi sono stati decantati da decenni: il “dialogo” tra la Corte costituzionale ed i giudici *a quibus* “scavalca” le logiche apicali del passato, consentendo l’attivismo dei giudici che ha il merito di aver scardinato le rigidità, che caratterizzavano il sistema piramidale dell’organizzazione giudiziaria del 1942. Proprio in ragione della presenza nella nostra Costituzione dell’articolo 101 (i giudici sono soggetti soltanto alla legge), il quale presuppone l’inesistenza di una gerarchia delle pronunce giurisdizionali, il giudice *a quo* attua l’articolo 23 della legge n. 87/1953 indicando le disposizioni di legge che assume viziata da incostituzionalità per poi investire la Corte della questione di legittimità costituzionale.

Il problema è individuare un altro interesse da contemperare, in questo dialogo: anche in assenza di riconoscimento espresso del ruolo costituzionale dell’Avvocatura (per il quale, nella presente legislatura, è stato proposto in Senato il disegno di legge n. 1199, *Modifica dell’articolo 111 della Costituzione recante l’introduzione di principi inerenti la funzione e il ruolo dell’avvocato*) la Corte con la [sent. n. 137 del 1975](#) aveva chiarito che «la qualità di professionista legale è il riflesso soggettivo di una disciplina a cui sottostanno interessi pubblici o collettivi ed in cui concorrono mezzi e modi di tutela, appropriati e coerenti». Anche la Risoluzione del Parlamento europeo sulle

¹⁷ Camera dei deputati, I legisl., Assemblea, *Discussioni*, 14 marzo 1951, 27098.

¹⁸ Camera dei deputati, I legisl., Assemblea, *Discussioni*, 14 marzo 1951, 27099.

professioni legali e l'interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici (atto P6_TA(2006)0108), invoca la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea laddove ha riconosciuto «l'indipendenza, l'assenza di conflitti di interesse e il segreto/confidenzialità professionale quali valori fondamentali nella professione legale che rappresentano considerazioni di pubblico interesse», nonché «la funzione cruciale esercitata dalle professioni legali in una società democratica, al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali, lo stato di diritto e la sicurezza nell'applicazione della legge, sia quando gli avvocati rappresentano e difendono i clienti in tribunale che quando danno parere legale ai loro clienti».

Il trattamento che lo scrutinio sul rito, che la Corte effettua, non pare più differenziare tra le due fattispecie di inammissibilità: uno "scivolamento" - forse inevitabile - si registra tra il sindacato della Corte sulla rilevanza e quello sulla non manifesta infondatezza. Anche quando quest'ultima discende da argomenti di parte, la Corte tende a disimpegnarsi con la pronuncia in rito (inammissibilità) e non con quella di merito (infondatezza): ciò avviene nonostante che "un elemento differenziale tra i due giudizi" discenda proprio dal carattere delibatorio della motivazione del giudice *a quo* di accoglimento dell'istanza di parte, rispetto alla natura piena del giudizio della Corte¹⁹

Il "dialogo" ha quindi avuto come sottoprodotto l'esercizio cursorio del potere del giudice remittente, quando - piegando l'istanza secondo una diversa visione delle deduzioni di parte - esercita un potere manipolativo, volto a dare solidità a quello che percepisce come fragile nell'impianto dell'autore dell'istanza: la giurisprudenza della Corte non ha saputo contenere la funzione "conformativa" dell'istanza, con cui il giudice *a quo* dà la stura ad una vera e propria giustizia costituzionale *à la carte*.

Il coordinamento operato alla Camera sull'emendamento Costa - comprimendo l'efficacia di quello votato, per salvare l'operatività del già votato secondo comma dell'articolo (*olim*) 24 - probabilmente è l'unica traccia di una diversa linea interpretativa: l'impianto con cui, negli atti preparatori, si voleva strutturare la motivazione in rapporto alla non manifesta infondatezza, predicandone l'adeguatezza solo quando si fosse respinta l'istanza di parte, perché solo allora essa avrebbe potuto essere riproposta al grado di giudizio superiore.

Quanto paventato da Carnelutti in ordine al rapporto fra le parti del giudizio *a quo* e il processo costituzionale rischia di estendersi anche al rapporto tra le parti ed il giudice remittente: con la sua istanza nelle mani del giudice, il "singolo litigante" assume la forma di una "marionetta"²⁰ e le nuove *Norme integrative* non vi pongono un reale rimedio.

Una mera disamina della non manifesta infondatezza delle ragioni addotte con istanza di parte, che accompagni la motivata dimostrazione della pregiudizialità della questione ai fini della risoluzione della *causa petendi*, può ben bastare a corredare la trasmissione del processo verbale (strumento utile a vari fini, come dimostra l'ultimo comma dell'articolo 131 c.p.c.). Del resto, è discutibile che un atto parlamentare così individuale - come fu il ritiro della prima parte dell'emendamento Costa - possa offrire fondamento a chi censura *in re ipsa* l'ordinanza che allega il verbale di udienza recante le posizioni delle parti.

È chiaro che la possibilità di intervento dinanzi alla Corte delle parti del giudizio *a quo* - da ultimo dilatata grazie all'articolo 4, comma, 7 delle *Norme integrative*, come novellato dall'articolo 1 della delibera della Corte costituzionale 8 gennaio 2020²¹ - consente ai "titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio" di rappresentare comunque la loro visione originaria, prima del "filtro" esercitato dal giudice *a quo*. Ma attualmente il *locus standi* - finalmente guadagnato a palazzo della Consulta - non è garanzia di efficacia nel conseguire il

¹⁹ v. R. ROMBOLI, *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio*, Mexico, UNAM, 340, nota 29.

²⁰ F. CARNELUTTI, "Intervento", in *Atti del congresso internazionale di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1953, 68, citato da M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo della legge dichiarata incostituzionale)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, 3 e s.

²¹ In G.U. n.17 del 22 gennaio 2020.

risultato finale, come ricorda la Corte stessa nella [sent. n. 161/2018](#): “in quanto tesa ad allargare il *thema decidendum* fissato dall’ordinanza di rimessione, la questione sollevata dalla difesa della parte privata è inammissibile, poiché «l’oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione. Pertanto, non possono essere presi in considerazione ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia eccepiti, ma non fatti propri dal giudice *a quo*, sia volti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze (*ex plurimis*, [sentt. nn. 251 del 2017](#), [214 del 2016](#), [231](#) e [83 del 2015](#))» ([sent. n. 4 del 2018](#))”.

Il passo successivo dovrebbe essere quello con cui la Corte – acclarata la rilevanza, in sede di giudizio sull’ammissibilità dell’ordinanza – nell’esame merito “censuri” il giudice che decampa dal suo ruolo, dando invece accesso in udienza alle ragioni originariamente espresse dalla parte nell’istanza. Sul giudice incline ad estendere il suo ruolo, a spese delle ragioni della “non manifesta infondatezza” addotte dalla parte, potrebbe così maturarsi un effetto deterrente, nel senso del ritorno all’ “est est, non non” dell’evangelista Matteo (5, 37). Del resto, anche nelle leggende yiddish, cancellando l’*aleph* dalla fronte del Golem, il gigante ricade su sé stesso ritornando una semplice statua di creta.

Antonio Ruggeri

**Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa
e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica ***

ABSTRACT: *The study examines the origins of the crisis of representative democracy; it describes the principal manifestations and finally it questions the innovations in terms of both rules and regularity of politics suitable to remedy it. On this basis, it demonstrates the importance of the maximum distribution of sovereignty together with the maximum cooperation between multiple institutional centers (in particular, between legislators and judges).*

SOMMARIO: 1. I tre punti toccati dallo studio ora avviato. – 2. Acme e declino della rappresentanza negli ordinamenti di tradizioni liberali, in ispecie per il modo con cui si è venuta (e si viene) a comporre con il valore democratico e i valori restanti coi quali questo fa “sistema”. – 3. La scadente “qualità” della normazione, riguardata in prospettiva assiologicamente orientata, quale indice particolarmente eloquente ed attendibile delle complessive carenze della rappresentanza. – 4. All’affannosa ricerca dei possibili rimedi alla crisi della rappresentanza, al duplice piano delle *regole* (costituzionali e non) e delle *regolarità* della politica (in ispecie, gli interventi richiesti nella struttura e nelle dinamiche interne ai partiti, il nodo della interpretazione dell’art. 49 cost. a riguardo della natura della normazione, se etero- ovvero auto-prodotta, abilitata a far luogo alla disciplina dei partiti e la soluzione favorevole al congiunto ed equilibrato apporto dell’una e dell’altra specie di canoni). – 5. Per un modello connotato, nel “*tempo ordinario*”, dalla massima distribuzione della sovranità e dalla massima cooperazione tra plurimi centri istituzionali (e, segnatamente, tra legislatore e giudici) e, nel “*tempo straordinario*”, dalla concentrazione del potere in capo all’apparato centrale dello Stato (in ispecie al Governo). – 6. Le “catene” di normazione e giurisdizione, di cui si ha riscontro tanto al piano dei rapporti interordinamentali quanto a quello interno al singolo ordinamento dato, quale rimedio (seppur parziale) alla carente “qualità” della rappresentanza politica, e le torsioni dei ruoli istituzionali che, in occasione della formazione delle “catene” stesse, si rendono non di rado manifeste. – 7. Il declino della rappresentanza e il “dialogo” tra le Corti quale (parziale) rimedio alla sua crisi.

1. I tre punti toccati dallo studio ora avviato

La questione evocata dal titolo dato alla succinta riflessione che mi accingo a svolgere¹ parrebbe evocare uno scenario connotato da un barlume di speranza. Tengo subito ad avvertire che non è detto che le cose stiano davvero così, non essendo affatto sicuro che si diano in concreto le condizioni per raggiungere l’uscita dal tunnel né quanta sia la strada ancora da percorrere. Vedo invece con chiarezza gli ostacoli che si frappongono al conseguimento di quest’esito che – come si tenterà di mostrare – può aversi (forse, però, solo in parte) unicamente attraverso uno sforzo collettivo prodotto a plurimi piani di esperienza, in spirito di autentica, “leale cooperazione” ed all’insegna del valore di fedeltà alla Repubblica.

Toccherò con la massima rapidità tre punti, trattando dapprima delle origini del processo che ha portato allo stato attuale delle cose, passerò quindi a dire dei segni maggiormente evidenti che ne testimoniano ed accompagnano l’andamento e chiuderò interrogandomi a riguardo di ciò che possa farsi allo scopo di porre un argine alla deriva in atto. A quest’ultimo punto dedicherò la gran parte dello spazio ristretto di cui ora dispongo, sembrandomi opportuno ragionare soprattutto delle misure in concreto adottabili a finalità ricostruttiva.

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 12, del Regolamento della Rivista.

¹ ... e che riecheggia quello di un mio Editoriale a Federalismi.it, 22 novembre 2017: *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*; gli esiti ricostruttivi in esso rappresentati sono qui ripresi con non secondarie precisazioni e corposi adeguamenti ad una realtà in parte mutata, malgrado la corta distanza temporale intercorrente tra i due studi.

2. *Acme e declino della rappresentanza negli ordinamenti di tradizioni liberali, in specie per il modo con cui si è venuta (e si viene) a comporre con il valore democratico e i valori restanti coi quali questo fa “sistema”*

Primo punto.

Per una singolare nemesi storica l'avvio del processo in parola ha coinciso col momento stesso in cui la rappresentanza politica ha avuto la sua più genuina e saliente espressione, per effetto della democratizzazione della struttura statale conseguente alla estensione del suffragio, dapprima fortemente ristretto – come si sa – in base al censo e ad altri fattori discriminatori.

Senza risalire ancora indietro nel tempo, basti solo pensare che, proprio nel Paese che ha costituito la culla della democrazia parlamentare, il Regno Unito, ancora a fine Settecento solo il 4% della popolazione godeva del diritto di voto e che il suffragio universale fu raggiunto solo nel 1918 (per le donne pervenuto a compiuta maturazione nel 1928), a seguito di varie riforme (e, segnatamente, il *Reform Act* del 1832, che abbassò i requisiti di censo, e le leggi elettorali del 1867 e del 1884)².

Ora, com'è stato lucidamente avvertito da un'accreditata dottrina, nella lunga evoluzione storica della rappresentanza politica³ (a filo doppio – come si sa – legata a quella dei partiti⁴), in specie a partire dalla sua connotazione elitaria, la ristretta cerchia sociale da cui erano estratti i rappresentanti e la omogeneità degli interessi che li legavano ai rappresentati assicuravano un grado elevato di “rappresentatività” dei primi, intendendosi con ciò fare riferimento all'attitudine degli eletti a farsi

² Su questa vicenda, di recente, S. BONFIGLIO, *Dall'“influenza” regia a quella dei partiti politici. Elementi caratterizzanti l'evoluzione della forma di governo parlamentare del Regno Unito nel XVIII secolo*, in *Nomos*, 2/2018, 1 ss.

³ ... un'autentica, “costante ultramillenaria del pensiero politico”, come opportunamente ha ancora non molto tempo addietro rammentato un'accreditata dottrina (M. DOGLIANI, *La rappresentanza politica come rappresentanza del “valore” di uno Stato concreto*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 880 ss., spec. 883 ss.). Riferimenti di ordine storico possono aversi da D. NOCILLA - L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII (1987), 543 ss., spec. 551 ss.; N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, Giuffrè, Milano 1991; P. RIDOLA, *La rappresentanza parlamentare fra unità politica e pluralismo*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, II, Cedam, Padova 1995, 439 ss.; G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 20 ss. e, pure *ivi*, A. DI GIOVINE - S. SICARDI, *Rappresentatività e governabilità: il dilemma delle macchine che fanno parlare il popolo*, 114 ss.; A. PAPA, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Editoriale Scientifica, Napoli 1998, spec. il cap. I; E. COLARULLO, *Rappresentanza politica e gruppi delle assemblee elettive*, Giappichelli, Torino 2001, cap. I; P. BRUNET, *Sulla rappresentanza*, Mucchi, Modena 2012, e G. AZZARITI, *Il rapporto partito-eletto: per un'interpretazione evolutiva dell'art. 67 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 3/2013, 275 ss. Quanto poi alle teorie della rappresentanza, ne hanno ripercorso le più salienti espressioni C. ROSSANO, *Partiti e Parlamento nello Stato contemporaneo*, Jovene, Napoli 1972, 308 ss.; M. DOGLIANI, *L'idea di rappresentanza nel dibattito giuridico in Italia e nei maggiori Paesi europei tra Otto e Novecento*, in *Studi in onore di L. Elia*, I, Giuffrè, Milano 1999, 537 ss.; G. MOSCHELLA, *Rappresentanza politica e costituzionalismo. Teoria e giurisprudenza costituzionale: un'analisi comparatistica*, Maggioli, Rimini 1999; A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 45 ss. Per la distinzione tra “rappresentanza politica” e “rappresentanza in campo politico”, v. F. LANCHESTER, *Note sul concetto di rappresentanza in campo politico*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per G. Grottanelli de' Santi*, a cura di A. Pisaneschi e L. Violini, I, Giuffrè, Milano 2007, 33 ss., spec. 41 ss.

⁴ Su dottrine ed esperienze storiche dei partiti, per tutti, v. P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII (1982), 66 ss. Quanto, poi, specificamente alla loro evoluzione in Italia, nell'amplissima lett., G. GALLI, *I partiti politici in Italia (1861-1973)*, Utet, Torino 1975, e, dello stesso, *I partiti politici italiani (1943-1991). Dalla Resistenza all'Europa integrata*, Rizzoli, Milano 1991; T. DE FELICE, *Metamorfosi dei partiti dall'ultimo conflitto mondiale ad oggi*, Gangemi, Roma 1991; L. PARENTE, *I partiti politici nell'Italia repubblicana (1943-1992)*, ESI, Napoli 1996; F. LANCHESTER, *I partiti politici fra comunità politica e istituzioni: la crisi di regime ed il riallineamento incompiuto*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, II, Giappichelli, Torino 2005, 467 ss.; S. COLARIZI, *Storia politica della Repubblica. Partiti, movimenti e istituzioni 1943-2006*, Laterza, Roma-Bari 2007; M. RIDOLFI, *Storia dei partiti politici. L'Italia dal Risorgimento alla Repubblica*, B. Mondadori, Milano 2008; L. MUSELLA, *Il potere della politica. Partiti e Stato in Italia (1945-2015)*, Carocci, Roma 2015; P. CARUSI, *I partiti politici italiani dall'unità ad oggi*, Studium, Roma 2015; AA.VV., *Storia dei partiti politici*, a cura di P. Pombeni, Il Mulino, Bologna 2016; P. IGNAZI, *I partiti in Italia dal 1945 al 2018*, Il Mulino, Bologna 2018.

genuini interpreti ed operatori al servizio degli interessi stessi⁵. Ovviamente, lo scotto elevatissimo e francamente insopportabile da pagare era dato dallo svilimento del valore democratico, per l'accezione ormai indiscussa in cui è inteso ed è fatto valere per effetto del carattere universale del suffragio⁶. Nello stesso momento in cui questa fondamentale conquista viene raggiunta, la rappresentanza esibisce le strutturali carenze e contraddizioni che al presente l'affliggono, particolarmente vistose se fatte oggetto di osservazione dalla prospettiva della rappresentatività dei rappresentanti⁷, in ispecie delle trasformazioni alle quali è andata soggetta per opera dei partiti⁸, nelle quali peraltro si rispecchiano ed emblematicamente esprimono generali carenze e contraddizioni della società⁹: connotati, questi, col tempo sempre più aggravatisi a seguito della trasformazione dello Stato da liberale in sociale e resi manifesti con singolare evidenza nella sede istituzionale in cui viene a formazione l'atto politico per eccellenza, la legge, al punto da indurre molti osservatori delle dinamiche della forma di governo a dubitare che il modello fatto proprio dal Costituente possa ancora avere lunga vita¹⁰.

⁵ In tema, tra gli altri, F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Cedam, Padova 2000, e F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Giuffrè, Milano 2006.

⁶ Sulle basi portanti della democrazia costituzionale è venuta – come si sa – a formarsi una messe imponente di scritti di vario segno che ne hanno illustrato i tratti maggiormente marcati ed espressivi. Una sua messa a punto teorica può, di recente, vedersi nei contributi su *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, che sono in [Nomos](#), 2/2018, nonché in F. BILANCIA, *Crisi economica, rappresentanza politica e populismo nelle dinamiche del contemporaneo*, in *Lo Stato*, 10/2018, 341 ss., e, dello stesso, *Constitutional Roots of Democracy*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2019, 7 gennaio 2020, 33 ss. Con specifico richiamo al pensiero di Rousseau, v., poi, G. AZZARITI, «È dell'uomo che devo parlare». *Rousseau e la democrazia costituzionale*, Mucchi, Modena 2020.

⁷ Ha ripetutamente, con penetranti rilievi, insistito sulla spinosa questione della “rappresentatività” dei rappresentanti T. MARTINES, che alle dinamiche del potere ha dedicato studi di fondamentale spessore teorico (dopo il suo ispirato *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano 1957, v., sempre tra gli scritti di respiro monografico, *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Giuffrè, Milano 1967; inoltre, *La democrazia pluralista*, in *Ann. Univ. Messina*, 1963-64, 23 ss.: tutti ora riprodotti in ID., *Opere*, I, *Teoria generale*, Giuffrè, Milano 2000, rispettivamente, 3 ss., 255 ss. e 239 ss.; e ancora *Partiti, sistema di partiti, pluralismo*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1979, 5 ss., in *Opere*, cit., IV, *Libertà e altri temi*, 83 ss.).

Dello scarto tra rappresentanza e rappresentatività tratta, con varietà d'impostazione e svolgimenti, una nutrita schiera di studiosi (tra i quali, G. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, 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*, V, Jovene, Napoli 2009, 1777 ss., e, più di recente, A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, cit., spec. ai capp. III e V, nel quale ultimo specificamente si tratta della distinzione tra rappresentanza in senso formale e r. in senso sostanziale). Su *responsiveness e accountability* dei rappresentanti, v., poi, A. DI GIOVINE, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineluttabile metamorfosi*, in [Rivista AIC](#), 1/2020, 27 gennaio 2020, 93 ss.; inoltre, P. PICIACCHIA, *La ricerca dell'incerta sintesi tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa. Riflessioni a margine del Grand Débat National*, in [DPCE on line](#), 3/2020, 3193 ss., e, se si vuole, il mio [Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica](#), in questa [Rivista](#), 2016, 444 ss.

⁸ ... sulle cui più salienti manifestazioni ci s'intratterà di qui a breve.

⁹ Di una “crisi del rappresentato” ha, con opportuni rilievi, discorso M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon - F. Biondi, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss., e, dello stesso, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria pol.*, 2015, 113 ss., spec. 128. Ha, tra i molti altri, fatto richiamo a questa indicazione teorica G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in [Rivista AIC](#), 4/2018, 30 dicembre 2018, spec. 423 ss.

Un'accreditata dottrina [A. DI GIOVINE, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineluttabile metamorfosi*, cit., 91, con richiamo ad una indicazione di I. Tinagli] ha, poi, ancora di recente, avvertito del rischio che “nella scelta elettorale si saldino l'incompetenza degli elettori con quella degli eletti, quasi come due facce della stessa medaglia”.

¹⁰ Emblematico il titolo, sia pure dubitativamente formulato, di una delle molte riflessioni dedicate da E. CUCCODORO al tema: “*Il sistema parlamentare è al tramonto?*”. *Letture costituzionali di talune rilevanti “funzioni” istituzionali*, in *Studi in onore di F. Modugno*, II, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 1039 ss.; pure *ivi*, v., utilmente, A. D'ANDREA, *La riconsiderazione della funzione parlamentare quale strada obbligata per puntellare la traballante democrazia italiana*, 1137 ss.

Durante la stagione liberale, la produzione legislativa restava circoscritta a pochi ambiti materiali, limitandosi peraltro unicamente alla regolazione di taluni rapporti sociali, conformemente alla ideologia del tempo ispirata – come si sa – al principio del *laissez faire* e, dunque, della massima promozione dell'autodeterminazione dei singoli.

L'affermazione, dapprima graduale e quindi viepiù accelerata, dello Stato interventista, specie a partire dalla fine della prima grande guerra, si è accompagnata ad una produzione legislativa sempre più estesa e capillare, volta a dare appagamento ad una fame insaziabile di norme – come la si è altrove chiamata¹¹ – nella quale emblematicamente si specchiava (e si specchia) una società internamente frastagliata, segnata da laceranti conflitti.

Davanti ad una domanda, col tempo fattasi imponente, di regolazione di bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale, vistosa è apparsa l'incapacità dei rappresentanti di darvi appagamento in una misura complessivamente apprezzabile. Le aspettative rimaste senza risposta tendono, anzi, a crescere in modo esponenziale, acuendosi e mostrandosi sempre più pressanti con la venuta alla luce di plurime ed ingravescenti emergenze (da quella economica a quella climatica, la terroristica, la migratoria e, da ultimo, la sanitaria), a fronte delle quali si rende palese la difficoltà (e, non di rado, la impossibilità) del conseguimento di sintesi efficaci tra le aspettative medesime¹².

Le carenze della rappresentanza qui sommariamente evocate ripropongono in modo impellente talune vessate questioni riguardanti la relazione intercorrente tra la stessa e il valore democratico¹³: una relazione complessa che, pur avendo – come si sa – *ab antiquo* costituito oggetto di una mole imponente di studi di vario segno ed orientamento¹⁴, presenta a tutt'oggi numerosi profili bisognosi di essere esplorati come si conviene e sollecita in modo pressante ad adottare misure congrue allo scioglimento di alcuni nodi strutturali che frenano il lineare e fisiologico svolgimento delle dinamiche ordinamentali e sociali, quale quello della effettiva parità nella rappresentanza di genere¹⁵,

¹¹ ... nel mio *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in *Rass. parl.*, 1/1999, 172 ss.

¹² Un solo esempio per tutti, tratto da esperienze ad oggi in via di svolgimento riguardanti l'emergenza da Covid-19 che ha comportato, e seguita a comportare, ripetuti e gravi sacrifici a carico dei diritti fondamentali della persona, in ispecie per taluni operatori economici, in nome del bene primario della salute e della stessa vita, specie delle persone maggiormente vulnerabili ed esposte.

¹³ Su di che, di recente, pertinenti rilievi negli studi di F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Carocci, Roma 2019, spec. 35 ss., e F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 14 dicembre 2020, 517 ss. In prospettiva teorico-generale, sempre particolarmente istruttiva l'ampia ed articolata riflessione da tempo svolta da L. FERRAJOLI in numerosi studi (elencati nell'appendice a *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*², Editoriale Scientifica, Napoli 2017, ed in altri ancora venuti successivamente alla luce). Sulla vessata questione della legittimazione del potere, infine, Q. CAMERLENGO, *Natura e potere. Una rilettura dei processi di legittimazione politica*, Mimesis, Milano-Udine 2020.

¹⁴ Se n'è, ancora non molto tempo addietro, trattato in occasione del convegno dell'AIC svoltosi a Trento l'11 e 12 novembre 2016 su *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Jovene, Napoli 2017, subito seguito da quello di Modena del 10 e 11 novembre 2017, su *Democrazia, oggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, ma spunti di largo interesse si rinvencono già nel convegno di Alessandria del 17 e 18 ottobre 2008 su *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Jovene, Napoli 2009. Più di recente, v. i contributi al convegno del Gruppo di Pisa del 4 e 5 giugno 2011 su *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, i cui *Atti*, a cura di S. Staiano - G. Ferraiuolo - A. Vuolo, sono stati editi dalla Editoriale Scientifica di Napoli nel 2020.

¹⁵ Indicazioni e riferimenti in G. MOSCHELLA, *Cultura costituente, rappresentanza politica e legislazione sulla violenza di genere nell'ordinamento italiano*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 maggio 2019; M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Cortina, Milano 2020, 75 ss., e, da ultimo, in G. SULPIZI, *Donne e rappresentanza politica: la prospettiva comparata per valorizzare la differenza di genere*, in questa *Rivista*, 2020/III, 723 ss. Si segnala, poi, in tema la ferma presa di posizione, con specifico riguardo alla dimensione regionale, de LE COSTITUZIONALISTE, *Il mancato adeguamento delle leggi elettorali regionali alle prescrizioni statali sulla parità di genere*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2020, 13 luglio 2020, 103 ss. A tal proposito, merita di essere rammentata la previsione, di cui all'art. 3, l. c., della nuova legge statutaria per la Sicilia (l. n. 26 del 2020), significativamente approvata all'unanimità, nella quale si prevede che in seno alla Giunta regionale nessun genere possa essere rappresentato in misura inferiore a un terzo [a commento della legge, v. M. ARMANNO, *La nuova legge statutaria della Regione siciliana. Much ado about nothing?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020, 1313 ss., spec. 1319 s.]. Per altre esperienze meritevoli di attenzione, v. L. TRUCCO, *Dal mar Ligure allo Ionio: norme elettorali "last minute" e rappresentanza di genere di "mezza*

emblematicamente espressiva della non piena parità di cui purtroppo si ha ad oggi riscontro¹⁶, o l'altro nodo, ancora più spinoso, della piena integrazione dei non cittadini e del riconoscimento di una condizione effettivamente non discriminata a loro danno in molti campi di esperienza¹⁷. Una relazione, dunque, quella che s'intrattiene tra democrazia e rappresentanza che si rinnova di continuo da sé medesima, per il fatto che entrambi i termini di cui si compone si sono storicamente atteggiati e seguitano ad atteggiarsi variamente nei singoli contesti entro i quali si sono svolte (e si svolgono) le loro più salienti vicende.

Senza che se ne possa ora fare oggetto di un esame adeguato, che richiederebbe uno spazio ben maggiore di quello qui disponibile, è sufficiente muovere da un dato attorno al quale si constata un diffuso e radicato consenso, secondo cui negli ordinamenti di tradizioni liberali, quale il nostro, democrazia e rappresentanza, per dottrina corrente, sono inscindibilmente legate l'una all'altra, fanno anzi tutt'uno, dal momento che la seconda è considerata un attributo identificante della prima. Non è, dunque, per mero accidente che usualmente si discorre della "democrazia rappresentativa" quale di uno dei "tipi" di democrazia, accanto alla diretta ed alla pluralista, anzi proprio quello maggiormente qualificante ed espressivo, se non pure il più maturo per l'aspetto temporale¹⁸. È poi pur vero che i "tipi" in parola si implicano e danno mutuo sostegno a vicenda, per un verso non essendo immaginabile un ordinamento di tradizioni liberali che non conosca espressioni pur sporadiche di democrazia diretta e, per un altro verso, la democrazia rappresentativa rinvenendo nei partiti ed in altri movimenti a questi per natura assimilabili i luoghi elettivi per la estrazione del personale politico, i partiti dunque confermandosi quale la cerniera che indissolubilmente lega e compone ad unità la democrazia pluralista e la rappresentativa.

Tutto ciò posto, è pur vero che il sintagma "democrazia rappresentativa" esprime una generale valenza apprezzabile in prospettiva formale-astratta, in tutti gli ordinamenti che la conoscono avendosene riscontro per il mero fatto della elezione dei rappresentanti dalla comunità organizzata,

estate", in [La democrazia italiana in equilibrio](#), in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, V, Genova, Consulta OnLine, 2020, 531 ss. e, ora, con riferimento ad una spinosa vicenda avutasi in Puglia, S. BISSARO, *Parità di genere, autonomia regionale e potere sostitutivo del Governo ex art. 120, secondo comma, Cost.: alcune riflessioni a partire dal caso della Regione Puglia*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 1/2021, 21 gennaio 2021, 44 ss.

Va, nondimeno, avvertito che – una volta di più – nella scarsa sensibilità dimostrata dalle istituzioni si rispecchia la non piena affermazione della parità di genere all'interno dei partiti, avvalorata *per tabulas* dalla circostanza che tra i maggiori di essi operanti sulla scena politica solo uno ha quale suo esponente di vertice una donna, G. Meloni. Assai istruttiva, poi, la circostanza per cui, ad oltre settant'anni dall'avvento della Repubblica, nessun Presidente della Repubblica è stato di sesso femminile, così come non lo è stato nessun Presidente del Consiglio, perlomeno a tutt'oggi.

¹⁶ Ha, ancora di recente, ripercorso le tappe salienti di questa vicenda M.G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Giappichelli, Torino 2018.

La questione ora evocata, nondimeno, ha largo raggio e proietta la sua ombra anche in ambiti materiali di esperienza non toccati da questa indagine [ad es., per ciò che riguarda la magistratura, v., ora, B. PEZZINI, *Del CSM come sguardo e come volto delle questioni di genere nella magistratura*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 1/2021, 22 gennaio 2021, 74 ss.].

¹⁷ La svolta epocale, un'autentica rivoluzione copernicana, si avrebbe, a quest'ultimo riguardo, con l'affermazione del modello di "cittadinanza di residenza" a favore del quale – come si sa – una sensibile dottrina si è schierata da tempo, senza nondimeno esser riuscita ad oggi nell'intento di sciogliere alcuni risalenti crampi mentali che affliggono la cultura istituzionale dominante [in tema, di recente, l'approfondito studio monografico di A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; utili indicazioni anche da C. PANZERA, *Cittadinanza*, in *Dizionario dei Diritti degli Stranieri*, a cura dello stesso P. e di A. Rauti, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, 95 ss.; ulteriori riferimenti in D. PORENA, *Le buone ragioni dello ius culturae: note a margine dell'ennesimo tentativo di revisione della legge sulla cittadinanza*, in [Rivista AIC](#), 4/2020, 15 ottobre 2020, 228 ss.].

¹⁸ In tema, per tutti, l'efficace affresco che è in T. MARTINES, *La democrazia pluralista*, cit., e G. FERRARA, *Democrazia e rappresentanza politica*, in AA.VV., *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, a cura di L. Chieffi, Giappichelli, Torino 2006, 49 ss., nonché il contributo dello stesso G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, cit., 20 ss., e gli altri ancora che sono in *Riv. dir. cost.*, 1998, di L. ORNAGHI, *Atrofia di un'idea. Brevi note sull'"inattualità" odierna della rappresentanza politica*, 3 ss.; V. ANGIOLINI, *Le bràci del diritto costituzionale ed i confini della responsabilità politica*, 57 ss.; A. DI GIOVINE - S. SICARDI, *Rappresentatività e governabilità: il dilemma delle macchine che fanno parlare il popolo*, cit., 114 ss.; P. ARDANT, *La rappresentanza e i partiti politici*, 157 ss.

restando nondimeno di cruciale rilievo il modo con cui la stessa ha luogo, secondo quanto si vedrà meglio a momenti. Il punto è però vedere come in concreto si atteggia¹⁹, quali i segni che lascia nel corpo dell'ordinamento e della società e, per ciò che è qui di specifico interesse, il ruolo che svolge al fine dell'inveramento della Costituzione (e, segnatamente, dei valori fondamentali in essa trascritti).

Ora, per l'aspetto adesso considerato, il sintagma può dimostrarsi un autentico ossimoro²⁰, racchiudendo in sé una contraddizione insanabile e lasciando, pertanto, un segno marcato non soltanto sulle dinamiche della forma di governo ma, più ancora, su quelle della forma di Stato, fortemente discoste dal figurino disegnato nella Carta²¹; e si tratta quindi di stabilire se ed in che modo vi si possa almeno in parte porre rimedio, accorciando la distanza che nell'esperienza separa i due termini di cui si compone.

Con specifico riguardo alla forma di governo parlamentare, nelle varie sue articolazioni ed espressioni del più recente passato e del presente, la più avvertita dottrina²² ne ha da tempo messo a nudo le contraddizioni interne. È pur vero che anche negli ordinamenti informati ad una forma di governo diversa non minori sono state (e sono) le lacerazioni interne al corpo sociale e le strutturali debolezze e complessive carenze delle strutture statali e della società sottostante²³, tant'è che da esse si sono storicamente alimentati i regimi autoritari di ieri e di oggi per farsi valere²⁴, nonché i movimenti d'ispirazione populista per crescere ed affermarsi in forme abnormi e suscettibili di produrre effetti incontrollabili²⁵, taluni dei quali non immediatamente percepibili al momento della

¹⁹ Indice eloquente, peraltro, del basso tasso effettivo di democrazia riscontrabile nel modo con cui la rappresentanza effettivamente s'incarna nelle assemblee elettive è dato dalla circostanza, sulla quale la più avvertita dottrina invita a fermare l'attenzione, per cui in Parlamento le decisioni relative a momenti cruciali della vita delle istituzioni repubblicane sono adottate senza che si svolga quel libero confronto che – come si sa – è alle origini stesse della nascita dell'organo (illuminanti, al riguardo, i dati illustrati da 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.).

²⁰ Lo ha, ancora di recente, rilevato, pur muovendo da premesse metodico-teoriche non coincidenti con quelle di qui, anche A. DI GIOVINE, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineluttabile metamorfosi*, cit., 59 ss.

²¹ Specifica attenzione alle più salienti vicende della direzione politica è ora data da A. DE CRESCENZO, *Indirizzo politico. Una categoria tra complessità e trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

²² Ancora T. MARTINES, *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, cit.

²³ Emblematica la complessiva vicenda della forma di Stato presidenziale, quale si è affermata negli Stati Uniti d'America – Paese che, come si dirà meglio a momenti, può emblematicamente addursi ad esempio di laceranti ed irrisolte contraddizioni sociali –, per non dire di come della stessa si è avuto (e si ha) riscontro in alcuni Paesi dell'America latina, in forme – com'è noto – assai spesso degenerare e complessivamente distorte.

²⁴ Ha, ancora di recente, fatto richiamo a questa vicenda C. PINELLI, *Forme di stato e forme di governo*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 19 maggio 2020, 285 ss.

²⁵ Non a caso, d'altronde, si è assistito, specie nel tempo a noi più vicino, ad un'autentica alluvione di scritti nei quali, con varietà di toni e di orientamenti, sono messe a nudo le gravi carenze della rappresentanza da cui si è alimentata la pianta del populismo [ex plurimis, v. S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza parlamentare. Dal divieto di mandato al mandato di partito*², University Press, Firenze 2004; G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, V, cit., 1991 ss.; pure *ivi*, A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo (Sulla cd. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, 2007 ss., e S. STAMMATI, *Qualche riflessione ulteriore su democrazia, rappresentanza e responsabilità. Dalla rappresentanza democratica alla rappresentanza "sbagliata"*, 2043 ss.; M. PICCHI, *Il diritto di partecipazione*, Giuffrè, Milano 2012, 11 ss.; R. DI MARIA, *Rappresentanza politica e lobbying: teoria e normativa. Tipicità ed interferenze del modello statunitense*, FrancoAngeli, Milano 2013; V. COCOZZA, *Popolo, popolazione, populismo*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, cit., 636 ss.; G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza e populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 29 luglio 2017, e, dello stesso, *Degenerazioni della democrazia e lacune del linguaggio. Riflessioni a partire da Alberto Lucarelli*, *Populismi e rappresentanza democratica*, in *Dir. pubbl. eur. Rass. online*, 2/2020; S. GAMBINO, in molti scritti, tra i quali *Partiti politici e Parteienstaat*, in *Pol. dir.*, 2/2018, 169 ss., e *Popolo e democrazia (sotto scacco) fra partiti politici in crisi e populismi*, in *Dir. pubbl. eur., Rassegna online*, 1/2020, 1 ss.; 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*, cit.; 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; P. GRAZIANO, *Neopopulismi. Perché sono destinati a durare*, Il Mulino, Bologna 2018; I. DIAMANTI - M. LAZAR, *Popolocrazia. Le metamorfosi delle nostre democrazie*, Laterza, Roma-

Bari 2018; S. FELTRI, *Populismo sovrano*, Einaudi, Torino 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; A. SPADARO, in più scritti, tra i quali *L’evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 17 settembre 2018; i contributi al Convegno su *Democrazia, oggi*, cit. (e, in particolare, quelli di M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, 3 ss.; P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, 41 ss., e L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, 57 ss., nonché gli altri di V. PAZÉ, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, 605 ss., e A. PERTICI, *La Costituzione italiana alla prova del populismo*, 621 ss.); P. COSTANZO, *La democrazia digitale (precauzioni per l’uso)*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, 71 ss.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., 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](#), 2019/III, 481 ss.; Alf. MASTROPAOLO - Ant. MASTROPAOLO, *Sovranismi*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2019, 15 maggio 2019, 83 ss.; M. REVELLI, *La politica senza politica. Perché la crisi ha fatto entrare il populismo nelle nostre vite*, Einaudi, Torino 2019; AA.VV., *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, a cura di G. Allegri - A. Sterpa - N. Viceconte, Editoriale Scientifica, Napoli 2019; G. MOSCHELLA, [Crisi della rappresentanza politica e deriva populista](#), in questa [Rivista](#), 2019/II, 20 maggio 2019, 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; G. MARTINICO, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in [Questione Giustizia](#), 1/2019, e, dello stesso, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, Giappichelli, Torino 2019, spec. 113 ss., e *Fuoco e fiamme. Populismo, rivoluzione e potere costituente*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019, 99 ss.; pure *ivi*, G. GEMMA, *Antipartitismo e qualità della politica*, 297 ss.; F. VECCHIO, *Lo Stato costituzionale in pericolo: crisi della rappresentanza e istituzioni giudiziarie sotto attacco*, in AA.VV., *La sovranità in Europa*, a cura di M. Blancato e G. don Di Rosa, Quad. di Notabilis, giugno 2019, 33 ss.; T. FENUCCI, *Riflessioni sul populismo*, in [Federalismi.it](#), 14/2019, 17 luglio 2019; F. BILANCIA, *Democrazia, interessi economici e Costituzione*, in AA.VV., *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, a cura di F. Bassanini - F. Cerniglia - F. Pizzolato - A. Quadrio Curzio - L. Vandelli, Il Mulino, Bologna 2019, 35 ss.; M. BARBERIS, *Brexit, Trump e governo giallo-verde. Tre esempi di populismo digitale*, in *Lo Stato*, 12/2019, 11 ss., nella stessa *Rivista*, A. PIRAINO, *Verso una nuova forma di democrazia?*, 13/2019, 129 ss.; L. MEZZETTI, *Corrosione e declino della democrazia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 421 ss.; M. BASSINI, *Rise of Populism and the Five Star Movement model: An Italian Case Study*, in *It. Journ. Public Law*, 1/2019, 302 ss.; C. FUSARO, *L’ascesa del populismo in Europa. Italia, la terra promessa*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 26 agosto 2019; 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., spec. 383 ss.; i contributi che sono nel fasc. 3/2019 di *Dir. cost.*, dedicato a *I partiti politici*, a cura di S. Curreri; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Mucchi, Modena 2019; 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.; 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 costituzionale](#), 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.; M. PANEBIANCO, *Aggiornamenti in tema di democrazia rappresentativa*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 8 gennaio 2020, 42 ss.; E. DE MARCO, *Sovranismo e populismo vs integrazione sovranazionale*, in [Federalismi.it](#), 4/2020, 19 febbraio 2020; A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l’antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, cit., 517 ss.; N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Il Mulino, Bologna 2020; AA.VV., *Italian Populism and Constitutional Law. Strategies, Conflicts and Dilemmas*, a cura di G. Delle Donne - G. Martinico - M. Monti - F. Pacini, Palgrave Macmillan, London 2020; AA.VV., *Vox populi. Populism as a Rhetorical and Democratic Challenge*, a cura di I. van der Geest - H. Jansen - B. Van Klink, Elgar, Cheltenham - Northampton 2020; AA.VV., *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato?*, a cura di G. D’Ignazio, in [DPCE on line](#), 3/2020, 3863 ss., ed *ivi*, part., A. SPADARO, *Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale” (populismo sovranista), fino alla “democrazia”, 3875 ss.*; A. DI GREGORIO, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini “democrazia” e “costituzionalismo”*, 3923 ss., e G. MARTINICO, *Contro l’uso populista dell’identità nazionale. Per una lettura “contestualizzata” dell’art. 4.2 TUE*, 3961 ss. Infine, M.F. DE TULLIO, *Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; F. RIMOLI, *Democrazia, populismo digitale e “neointermediazione” politica: i rischi del*

loro manifestazione e talora ingenuamente sottovalutati²⁶, specie laddove il connotato populista si è composto in una miscela esplosiva con quello nazionalista²⁷; ed è ancora sul terreno reso fertile dalle complessive mancanze della rappresentanza che hanno trovato spazio per affermarsi talune formazioni sociali di protesta, quale quella delle “sardine”²⁸, che nondimeno sembra aver smarrito lungo la via buona parte dello smalto iniziale.

Sta di fatto che, a riprova dello scarto vistoso che ad oggi tiene distanti, innaturalmente separati, i termini di cui si compone il sintagma in esame, è pur sempre da tenere presente che, per un verso, il valore democratico, nel non lineare, comunque sofferto, cammino compiuto per giungere allo stadio attuale di maturazione, ha disvelato (e viepiù disvela) le strutturali carenze della rappresentanza e *quodammodo* – come si è veduto – l’ha messa (e mette) in crisi, una crisi il cui superamento – come si viene dicendo – appare assai problematico ed incerto. Per un altro verso, tuttavia, è la rappresentanza, quale in concreto si inverte nell’esperienza, a mettere in crisi il valore democratico e, con esso, i valori restanti coi quali il primo fa “sistema”, a motivo della acclarata incapacità di darvi voce e consentirne l’affermazione in una misura complessivamente apprezzabile.

cittadino telematico, in [Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale](#), in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, I, Genova, Consulta OnLine, 2020, 25 ss.; pure *ivi*, A. RANDAZZO, *Internet e democrazia: prime notazioni su tre possibili svolgimenti di un rapporto complesso*, 99 ss.; C. DE FIORES, *Recensione a Populismi e rappresentanza democratica*, di Alberto Lucarelli, *Editoriale Scientifica*, Napoli, 2020, in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2021, 5 gennaio 2021, 1 ss.; A. MORELLI, [Il virus populista: riflessioni su riduzionismo e antipluralismo nella politica contemporanea a partire dal volume “Populismi e rappresentanza democratica” di Alberto Lucarelli, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020](#), in questa [Rivista](#), 2021/I, recens., 1. Quanto, poi, all’intreccio tra populismo e giustizia, v., ora, F. VECCHIO, *Pericolo populista e riforma della giustizia. A proposito di alcune insoddisfacenti proposte di riforma dell’obbligatorietà dell’azione penale*, in [Rivista AIC](#), 1/2021, 12 gennaio 2021, 65 ss. Infine, se si vuole, anche il mio [“Forma di governo” e “sistema dei partiti”: due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?](#), in questa [Rivista](#), 2018/III, 599 ss.].

²⁶ Penso, ad es., per restare all’oggi, alla pagina nera scritta il giorno dell’epifania del 2021 negli Stati Uniti, che ha visto un gruppo di facinorosi suggestionati dalla inusitata presa di posizione del Presidente Trump, dichiaratosi indisponibile ad accettare il responso delle urne che ha sancito la sua mancata rielezione a beneficio di J. Biden, occupare la sede del Congresso; ciò che, nondimeno, non ha successivamente impedito ai membri di quest’ultimo di proclamare la elezione del *leader* democratico alla massima carica dello Stato. Ne è quindi seguito un animato confronto tra operatori e commentatori, specie in merito alla opportunità di attivare le procedure per la immediata rimozione del Presidente dalla carica, in base al 25° emendamento della Costituzione (che, però, presuppone una iniziativa in tal senso del Vicepresidente, dichiaratosi indisponibile), pur mancando dal triste episodio solo una manciata di giorni all’insediamento del nuovo Presidente, ovvero per l’*impeachment*, a favore del quale peraltro si sono espressi anche esponenti repubblicani del Congresso [nell’alluvione di scritti sulla vicenda, per tutti, v. F. BINDI, *Il requiem della democrazia americana*, in [lavoce.info](#), 8 gennaio 2021; L. VENTURA, *Democrazia in America?*, in [laCostituzione.info](#), 9 gennaio 2021, ed *ivi* pure A. MORELLI, *Non scomodiamo Voltaire a proposito di Trump e dei social*, 10 gennaio 2021; B. CARAVITA, *Davanti ad un mondo che cambia chi è più pericoloso tra Trump e Zuckerberg? Alla ricerca di una risposta che penetri nei meccanismi che governano la nostra vita in rete*, Editoriale, in [Federalismi.it](#), 1/2021, 13 gennaio 2021; E. GRANDE, *L’assalto a Capitol Hill nel prisma delle pieghe del diritto*, in [Questione Giustizia](#), 20 gennaio 2021. Sul trumpismo, di recente e per tutti, D.L. KRINER, *Trump, Populism and the Resilience of the American Constitutional System*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2020, 8 gennaio 2021, 44 ss.].

Il vero è che, anche in Paesi dalle solide tradizioni di liberal-democrazia, non può mai abbassarsi la guardia ma occorre restare costantemente vigili al fine di parare il rischio del rigurgito di un becero autoritarismo che può in ogni tempo risvegliarsi dal suo letargo, manifestandosi attraverso il volto arcigno di questo o quel capo di turno [sul rischio in parola e su alcune esperienze in cui se n’è avuto riscontro, v., per tutti, AA.VV., *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Napoli 2020, e AA.VV., *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato?*, cit.].

²⁷ Assai istruttiva la mutazione genetica della Lega, convertitasi da movimento territorialmente localizzato ed a dichiarata finalità separatista in movimento diffuso per l’intero territorio della Repubblica e nazionalista ad oltranza.

²⁸ ... di cui sono stati prontamente rilevati e con chiarezza illustrati i peculiari connotati (tra gli altri, v. M. BASSINI, *Rise of Populism and the Five Star Movement model: An Italian Case Study*, cit., 302 ss., e E. DE BLASIO - F. GIORGINO - M.F. MAZZÙ - G. ORSINA, *Sardine. Fenomenologia di un movimento di piazza*, Luiss University Press, Roma 2020; F. BORGONOVO, *Contro l’onda che sale. Perché le sardine e gli altri pesci lessi della sinistra sono un bluff*, Piemme, Milano 2020, e A. GARREFFA - R. MOROTTI - M. SANTORI, *Le sardine non esistono. Il racconto dei fondatori*, Einaudi, Torino 2020).

3. *La scadente “qualità” della normazione, riguardata in prospettiva assiologicamente orientata, quale indice particolarmente eloquente ed attendibile delle complessive carenze della rappresentanza*

Si viene così a toccare il secondo punto. Le complessive carenze della rappresentanza si rendono manifeste sotto plurimi aspetti, il più rilevante e grave dei quali è dato da una scadente “qualità” della normazione.

Il termine è usualmente riferito al *drafting*, alla misura in cui se ne ha corretto riscontro nella produzione corrente²⁹. È fuor di dubbio che il rispetto dei canoni stabiliti per una buona redazione dei testi di legge abbia centrale rilievo per l'appagamento dei più diffusi ed avvertiti bisogni. Non si dà tuttavia alcuna garanzia che, fermo il rispetto stesso, si realizzi l'obiettivo suddetto. Le tecniche di produzione giuridica sono infatti neutre e potrebbero anche risolversi in un complessivo pregiudizio per i bisogni suddetti e – ciò che più importa – in danni alle volte incalcolabili per la Costituzione e i suoi valori.

È per ciò che, per una tesi nella quale mi riconosco ormai da oltre quarant'anni³⁰, il giusto significato della “qualità” si coglie ed apprezza specificamente in prospettiva assiologicamente orientata, avuto cioè riguardo all'attitudine della normazione a dar voce ai valori costituzionali, in specie a dare l'ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto, ai diritti fondamentali, nel cui riconoscimento si rinviene, secondo la mirabile, pregnante indicazione dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, il *quid proprium* di una Costituzione d'ispirazione liberale.

Ancora non molto tempo addietro, poi, una sensibile dottrina ha opportunamente sollecitato a riguardare alla rappresentanza ed alle sue più salienti espressioni dal punto di vista dei principi fondamentali dell'ordinamento³¹. Ed è proprio su questo terreno che – come si viene dicendo – si coglie uno degli indici esteriori maggiormente eloquenti ed attendibili (forse, proprio quello più rilevante di tutti) della crisi dei partiti che, a giudizio di molti, avrebbe addirittura portato alla loro dissoluzione o – com'è stato efficacemente detto³² – alla “liquefazione”, essendosi vistosamente affievolita (per non dire smarrita) la loro capacità di progettazione del complessivo sviluppo della società³³ e di darvi, quindi, coerente e lineare seguito sul terreno della produzione normativa³⁴. Altri studiosi³⁵ hanno, poi, fatto notare che i partiti non si sarebbero dissolti bensì trasformati; ed è questo

²⁹ Per tutti, E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*², Editoriale Scientifica, Napoli 2019, e L. DI MAJO, *La qualità della legislazione tra regole e garanzie*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019.

³⁰ ... a partire dal mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 240 ss.

³¹ L. RONCHETTI, *Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale*, in Costituzionalismo.it, 3/2015, 15 febbraio 2016, 11 ss. e, più di recente, con specifica attenzione alla legge sul c.d. “taglio” dei parlamentari ma con notazioni di più ampio respiro, L. BUFFONI, *Il numero e la qualità nel governo rappresentativo e democratico*, in Forum di Quaderni costituzionali, 3/2020, 14 settembre 2020, 242 ss.

³² F. GIUFFRÈ, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, in AA.VV., *Forma di governo, bicameralismo e sistema delle autonomie nella riforma costituzionale*, a cura di A. Morelli e G. Moschella, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 67 ss.

³³ Ho particolarmente insistito sul punto di cruciale rilievo nel mio *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, cit.; è tornato di recente a discutere della spinosa questione A.I. ARENA, *Alcune brevissime riflessioni sui partiti politici*, in Dirittifondamentali.it, 1/2020, 16 marzo 2020, 795 ss.

³⁴ Si assiste, dunque, al fenomeno di un soffocante “presentismo”: termine francamente brutto ma efficace, in uso presso gli studi di alcuni politologi, con il quale si fa riferimento ad una politica impostata unicamente sull'oggi (vi si richiama, tra gli altri, anche G. GEMMA, *Antipartitismo e qualità della politica*, cit., 301; v., inoltre, le analisi di P. MAIR, *Governare il vuoto. La fine della democrazia dei partiti*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2016, e P. IGNAZI, *Partito e democrazia. L'incerto percorso della legittimazione dei partiti*, Il Mulino, Bologna 2019).

³⁵ ... tra i quali, AA.VV., *Le trasformazioni dei partiti politici*, a cura di F. Raniolo, Rubbettino, Soveria Mannelli 2004; AA.VV., *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, cit., ed *ivi*, part., A. MASTROPAOLO, *Crisi dei partiti o decadimento della democrazia?*, 163 ss., e, più di recente, S. CURRERI - G. STEGHER, *I partiti politici in Italia*, in Federalismi.it, 23/2018, 5 dicembre 2018, 1 ss., e S. BONFIGLIO, *Il partito politico come elemento di trasformazione della rappresentanza e delle istituzioni statali (Dalla tardiva legalizzazione dei partiti all'incorporazione autoritaria del partito unico)*, in Nomos, 2/2019, 1 ss. Un efficace quadro di sintesi delle più salienti trasformazioni registratesi nei partiti e nel sistema dagli stessi composto è in S. STAIANO, *La Repubblica parlamentare italiana e il suo*

– si è detto da un’accreditata dottrina³⁶ – il senso che va dunque assegnato alla formula “partitocrazia senza partiti”. Una tesi, questa, che, però, si scontra con il dato di fatto costituito dalla carente capacità di progettazione, di cui si è appena detto e nella quale è da rinvenire il tratto maggiormente marcato della complessiva (e complessa) identità dei partiti e che ne marca i più salienti sviluppi. La qual cosa, peraltro, si spiega con la scomparsa dei vecchi partiti caratterizzati da ispirazioni ideologiche da cui si alimentava il motore della macchina che a getto continuo sfornava le proposte concrete per la risoluzione dei più diffusi ed avvertiti bisogni sociali, traducendole in atti normativi ad esse conseguenti. Ed è amaro dover constatare che della capacità in parola si ha invece riscontro, sia pure in forme approssimative e con contenuti perlopiù frontalmente contrapposti all’etica pubblica repubblicana cui danno voce i valori costituzionali, principalmente (se non pure esclusivamente) in capo a partiti e movimenti a vocazione nazionalista ad oltranza, *proprio in quanto ideologicamente connotati*, mentre i partiti discendenti da quelli che hanno fatto la Resistenza ed edificato la Repubblica esibiscono – come si è rilevato – gravi e diffuse carenze al riguardo.

Ora, è da sperare che, aprendosi ancora di più al fattivo e fecondo apporto che può essere offerto *ab extra* da individui e gruppi esponenziali della società, esperti, ecc., in linea con una indicazione teorica altrove data ed ancora di recente ripresa da più d’uno studioso³⁷, i partiti possano ricevere nuova linfa vitale e vivificante, grazie alla quale siano messi in grado di rigenerarsi e recuperare almeno in parte la centralità di posto ad essi spettante nella società stessa (e, di riflesso, nelle istituzioni). Pochi ed insufficienti segni, tuttavia, ad oggi si vedono di quest’indirizzo che dovrebbe essere con fermezza e lungimiranza perseguito, nell’interesse degli stessi partiti (se vogliono sopravvivere) e dell’intera collettività che di essi non può fare a meno, salvo a ripiombare nelle tenebre di un soffocante autoritarismo.

Sta, dunque, qui una delle cause determinanti del vuoto qualitativo (assiologicamente inteso) della normazione del tempo presente.

Il fenomeno è assai più consistente e gravido di implicazioni di quanto pure possa risultare da alcuni indici esteriori che lo testimoniano, a partire da quello della invalidazione di questa o quella legge da parte del giudice costituzionale. Non si trascuri, infatti, che quest’esito, per un verso, molte volte non si ha per la elementare ragione che la Corte non è adita ovvero non è adita a modo, trovandosi pertanto obbligato il giudice a rigettare la questione portata alla sua cognizione perché malamente impostata (non in relazione al parametro giusto, non sufficientemente argomentata, ecc.). Ma poi sono anche da tenere presenti le molte leggi... *non fatte* ovvero complessivamente carenti senza per ciò stesso porsi in scoperto contrasto con il parametro costituzionale. Una questione, quest’ultima, nondimeno di ardua soluzione teorica e di non meno incerto pratico riscontro, dal momento che, anche a non accedere al punto di vista patrocinato da un’accreditata dottrina che vede nella Costituzione un “programma” di fini-valori da realizzare e nella legge lo strumento ordinario e necessario per la sua realizzazione³⁸, è sicuro che almeno alcune previsioni della Carta espressamente rimandano alla legge demandandole il compito di dare la regolazione di alcune materie, della quale tuttavia non si ha del tutto o in parte riscontro, mentre resta poi tutto da vedere, laddove la legge si abbia, se sia assicurata l’adeguatezza rispetto al fine e la complessiva conformità a Costituzione, in specie – per ciò che maggiormente importa – ai valori fondamentali in essa positivamente.

Sta di fatto che è proprio qui la radice da cui principalmente, se non pure esclusivamente, si alimenta uno squilibrio crescente e sempre più vistoso al piano dei rapporti istituzionali, che ha

sistema dei partiti, in AA.VV., *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, cit., 9 ss.; pure *ivi*, utili indicazioni in molti contributi, tra i quali quello di sintesi di A. SAITTA, *I partiti politici*, 313 ss.; inoltre, I. LAGROTTA, *Quale riforma per i partiti? Riflessioni per un recupero di credibilità e di legittimazione per il sistema politico italiano*, in [Federalismi.it](https://www.dirittifondamentali.it), 21/2020, 8 luglio 2020, 204 ss. e, ora, con specifica attenzione al rapporto con i gruppi parlamentari, A. CIANCIO, *La garanzia del libero mandato parlamentare tra disciplina di gruppo e trasformazioni dei partiti*, in [Dirittifondamentali.it](https://www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 7 gennaio 2021, 12 ss.

³⁶ Tra gli altri, O. MASSARI, *Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti*, in [Nomos](https://www.dirittifondamentali.it), 3/2018, 1 ss., spec. 19 ss.

³⁷ Tra i quali, A. GUSMAI, *Note minime sul rapporto tra sistemi elettorali e rappresentanza politica*, in [Dirittifondamentali.it](https://www.dirittifondamentali.it), 1/2018, 23 febbraio 2018, spec. 8 ss.

³⁸ Il riferimento – com’è chiaro – è a F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, I e II, Giuffrè, Milano 1970.

portato le domande sociali rimaste inappagate attraverso lo strumento legislativo a riversarsi in modo massiccio presso sedi diverse da quelle in cui prende corpo la rappresentanza politica, in ispecie presso quelle in cui si amministra giustizia, in tutte le sue forme ed espressioni (quale giustizia comune, costituzionale, sovranazionale).

Palese è, dunque, lo *stress* al quale è sottoposto il principio della separazione dei poteri, nelle peculiari forme in cui oggi si presenta; e, per ciò stesso, palese è la torsione cui risulta soggetta la Costituzione, nell'accezione tramandataci dai rivoluzionari francesi e mirabilmente scolpita nella formula, ad oggi gravida di particolare significato, di cui all'art. 16 della Dichiarazione del 1789, sopra già ad altro riguardo richiamata.

4. All'affannosa ricerca dei possibili rimedi alla crisi della rappresentanza, al duplice piano delle regole (costituzionali e non) e delle regolarità della politica (in ispecie, gli interventi richiesti nella struttura e nelle dinamiche interne ai partiti, il nodo della interpretazione dell'art. 49 cost. a riguardo della natura della normazione, se etero- ovvero auto-prodotta, abilitata a far luogo alla disciplina dei partiti e la soluzione favorevole al congiunto ed equilibrato apporto dell'una e dell'altra specie di canoni)

Non è di qui andare alla ricerca delle cause dei guasti di cui si ha oggi riscontro né occorre dedicarsi alla loro analitica illustrazione, a motivo della loro notorietà. Sono da tempo persuaso del fatto che alla base delle complessive torsioni cui il figurino costituzionale è andato (e va sempre di più) soggetto si dia un tasso diffuso in seno al personale politico di carente cultura istituzionale e, se posso esprimermi con cruda franchezza, in casi non sporadici di cultura *tout court*³⁹, di cui si hanno ormai quotidiane testimonianze dal tono e dai contenuti dei discorsi fatti anche da personaggi politici chiamati a ruoli e responsabilità istituzionali di primo piano. Non tocca ora dire quando sia iniziato il processo politico, fattosi col tempo viepiù accelerato e – temo – inarrestabile, che ha portato allo stato di cose che è sotto gli occhi di tutti. Giova piuttosto interrogarsi sugli argini che possono porsi al fine di contenere la deriva in atto, se non pure ad arrestarla del tutto.

La parte propositiva di questo succinto studio è, dunque, proprio quella di maggiore interesse, la più costruttiva e, però, anche la più scivolosa ed incerta, non essendo dato di prevedere quali scenari possano delinearsi anche nel prossimo futuro; ed è chiaro che le condizioni oggettive di contesto risultano fortemente condizionanti e non di rado penalizzanti, comunque il più delle volte decisive.

Sono da tempo convinto⁴⁰ che la ricerca dei possibili rimedi debba essere condotta al duplice piano delle *regole* (costituzionali e non) e delle *regolarità*, non solo – come si tenterà di mostrare – a quello delle une ovvero a quello delle altre⁴¹, specificamente laddove coinvolgono la struttura dei partiti e del sistema dagli stessi composto, le dinamiche interne a ciascun partito e di tutti assieme nelle loro mutue interrelazioni e, dunque, i rapporti tra i governanti e i governati in seno agli stessi partiti, rapporti che poi, naturalmente, si riflettono su quelli delle istituzioni tra di loro e con la comunità governata, con immediate conseguenze perciò sulla c.d. “forma di Stato”, per riprendere un'etichetta – come si sa – in uso, nondimeno a mia opinione bisognosa di non poche precisazioni⁴².

³⁹ ... solo in parte, per vero, giustificabile con le carenze di strutturazione interna dei partiti, cui in gran parte si deve il fatto che posti di tutto rilievo nelle istituzioni siano occupati da uomini imprestati alla politica ovvero da uomini non provvisti di un adeguato *cursum honorum* percorso in seno ai partiti ancora prima che nelle istituzioni.

⁴⁰ V., ad es., il mio *Note minime in tema di democrazia interna dei partiti politici*, in *Rivista AIC*, 1/2010, 30 novembre 2010, 1 ss.

⁴¹ Parziale, dunque, ai miei occhi appare la prospettiva adottata da quanti reputano che l'intervento riformatore debba spiegarsi unicamente in seno a questo o quell'ambito di esperienza (così, ad es., D. GALLIANI, *Cambiare le regolarità politiche per preservare le regole costituzionali*, in AA.VV., *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana* a cura di G. Brunelli e G. Cazzetta, Giuffrè, Milano 2013, 211 ss.).

⁴² Interessanti notazioni volte al suo complessivo ripensamento, ora, in R. TONIATTI, *Il principio non-maggioritario quale garanzia della forma di Stato costituzionale di diritto in Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2020, 1155 ss.

Dico subito che, a mio modo di vedere, i maggiori e più incisivi interventi vanno effettuati nel corpo del sistema politico, facendo luogo allo svecchiamento di talune regolarità dimostrate palesemente inadeguate e che pertanto richiedono di essere in corposa misura corrette, mentre altre ancora vanno spazzate via senza rimpianto e rimpiazzate con altre maggiormente idonee allo scopo, già per ciò che riguarda la selezione dei dirigenti, la definizione delle candidature alle elezioni (un autentico *punctum crucis*, questo, di centrale rilievo nel quadro delle complessive vicende dei partiti e delle istituzioni governanti⁴³), il complessivo svolgimento dell'attività politica da parte delle formazioni sociali specificamente costituite a questo fine.

Si tratta, quindi, di stabilire come si possa (e debba) a ciò provvedere. Il nodo della questione sta nell'interpretazione dell'art. 49 della Carta che si reputi dotata di maggior credito, segnatamente per ciò che attiene a quel riferimento al "metodo democratico", in esso con linguaggio invero sibillino contenuto, che ha costituito un autentico *punctum crucis* della teoria costituzionale⁴⁴. È chiaro, infatti,

⁴³ Con specifico riguardo alle primarie, tra gli altri, v. P. PASSAGLIA, *Il segreto delle primarie*, in *Studi in onore di F. Modugno*, cit., III, 2477 ss.; AA.VV., *Elezioni primarie e rappresentanza politica. Il dibattito in Italia e l'esperienza degli Stati Uniti*, a cura di S. Gambino, Rubbettino, Soveria Mannelli 1995; R. CALVANO, *Le primarie e altri falsi antidoti alla crisi dei partiti in Italia*, in Costituzionalismo.it, 2/2017, 25 settembre 2017, 45 ss.; E. ROSSI - L. GORI, *Le "primarie" in Italia: dalla prassi alle regole*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 643 ss.; L. GORI, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e U. RONGA, *La selezione delle candidature*, in AA.VV., *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, cit., 229 ss. (sulla cui ricostruzione v. A. SAIITA, *I partiti politici*, cit., 319 ss., dove tra l'altro si fa notare che una disciplina legislativa delle candidature potrebbe giovare a parare "il concreto rischio dello scivolamento verso l'autoreferenzialità delle élite alla guida dei partiti con la conseguente ulteriore disaffezione dei cittadini verso la politica e la delegittimazione delle istituzioni rappresentative": 322).

⁴⁴ In tema, *ex plurimis*, v. C. MORTATI, *Concetto e funzione dei partiti politici* (1949), ora in [Nomos](http://Nomos.it), 2/2015, spec. §§ 6 e 7, e, dello stesso, *Disciplina dei partiti politici nella Costituzione italiana* (1950), in *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano 1972, 39 ss.; G.D. FERRI, *Studi sui partiti politici*, Ed. Ateneo, Roma 1950, spec. 133 ss.; A. PREDIERI, *I partiti politici*, in *Comm. sist. Cost. it.*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, I, Barbera, Firenze 1950, 171 ss.; C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova 1954, spec. 234 ss.; V. CRISAFULLI, *La Costituzione della Repubblica italiana e il controllo democratico dei partiti*, in *St. pol.*, 1960, spec. 272 ss., e, dello stesso, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, II, Vallecchi, Firenze 1969, spec. 113 s.; P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 109 ss.; C. PINELLI, *Discipline e controlli sulla 'democrazia interna' dei partiti*, Cedam, Padova 1984; G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Giuffrè, Milano 1991, 168 ss.; G. PASQUINO, *sub art. 49*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *Rapporti politici*, I, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma 1992, 20 ss.; M. CERMEL, *La democrazia nei partiti*, I, *Dal periodo costituente all'insuccesso della formula maggioritaria (1943-1953)*, Cedam, Padova 1998, e, II, *Dal fallimento della "legge truffa" alla democrazia dell'alternanza*, Cedam, Padova 2003; E. ROSSI, *Partiti politici*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, V, Giuffrè, Milano 2006, 4150 s., e, dello stesso, *La democrazia interna nei partiti politici*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 1/2011, 18 gennaio 2011, 1 ss.; G. RIZZONI, *sub art. 49*, in *Commentario alla Costituzione*, I, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Utet, Torino 2006, 990 ss.; AA.VV., *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, a cura di S. Merlini, Passigli, Firenze 2009, e, dello stesso M., *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, in AA.VV., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, cit., 51 ss.; il mio *Note minime in tema di democrazia interna dei partiti politici*, cit.; A. POGGI, *È ancora attuale il dibattito sul "metodo" democratico interno ai partiti?*, Editoriale a Federalismi.it, 24/2014, 24 dicembre 2014; G. VECCHIO, *I partiti. Autonomia associativa e regime europeo di democraticità nella partecipazione politica*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, ESI, Napoli 2016, e, dello stesso, *Partiti, autonomia privata, democraticità*, in [ISSIRFA](http://ISSIRFA.it), maggio 2017; E. GIANFRANCESCO, *I partiti politici e l'art. 49 della Costituzione*, in Forum di Quaderni costituzionali, 30 ottobre 2017, 5 ss.; F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Giappichelli, Torino 2017, e, dello stesso, *Democrazia rappresentativa e partiti politici: la rilevanza dell'organizzazione interna ed il suo impatto sulla rappresentanza politica*, in AA.VV., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, cit., 81 ss.; S. GAMBINO, *Partiti politici e Parteienstaat*, cit., 208 ss.; A. GUSMAI, *Note minime sul rapporto tra sistemi elettorali e rappresentanza politica*, cit., 1 ss.; A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale. I fattori normativi*, FrancoAngeli, Milano 2018; C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in Costituzionalismo.it, 1/2018, 26 aprile 2018, spec. 234 ss. e 244 ss.; S. BONFIGLIO, *L'art. 49 della Costituzione e la regolazione del partito politico: "rilettura" o "incompiuta" costituzionale?*, in [Nomos](http://Nomos.it), 3/2018, 1 ss.; nella stessa Rivista, M.R. MAGNOTTA, *Costituzione e diritto vivente dei partiti politici*, 2/2019, 1 ss., spec. 13 ss.; AA.VV., *Partiti politici e sistema ordinamentale*, a cura di G. Carapezza Figlia - G. Frezza - G. Rivosecchi, ESI, Napoli 2018; L. GORI, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, cit., spec. 33 ss.; M. PERINI, *I partiti e la democrazia interna. Un problema irrisolto*, Giuffrè, Milano 2019; G. PICCIRILLI, *I partiti in Parlamento e nelle istituzioni politiche*, in *Dir.*

che ove quest'ultimo si consideri, in linea con l'avviso di un'accreditata ma ormai risalente opinione⁴⁵, valevole unicamente per l'attività esterna, escludendosi che possa attenere alla struttura ed alle dinamiche interne ai partiti⁴⁶, ogni determinazione in merito ai punti sopra indicati resterebbe riservata all'autodeterminazione di ciascun partito. Un esito ricostruttivo, questo, ancora di recente visto con particolare favore da una sensibile dottrina⁴⁷, che però verosimilmente alimenterebbe in molti di noi un senso di frustrazione, sentendoci disarmati ed impotenti davanti a pratiche politiche largamente diffuse e profondamente radicate, espressive di un *trend* marcatamente deviante dal verso che invece dovrebbe esser intrapreso al fine di assicurare una sostanziale, tangibile "qualità" della rappresentanza politica, pur nella consapevolezza delle non lievi difficoltà di contesto che si frappongono ad uno spedito e lineare cammino verso la meta. Una "qualità" che ha il suo *prius* logico ed assiologico, la *condicio per quam*, proprio in dinamiche interne democraticamente connotate, secondo quanto peraltro era già stato lucidamente intuito in Assemblea Costituente⁴⁸ e, quindi, finemente teorizzato da un'accreditata dottrina⁴⁹ che ha, con dovizia di argomenti, rilevato come condizione per un libero e proficuo concorso dei partiti *inter se* e con altre formazioni sociali alla determinazione della politica nazionale sia proprio il carattere complessivamente democratico della loro organizzazione interna. Di qui, appunto, il bisogno di assoggettare i partiti a limiti risultanti da norme di legge variamente⁵⁰ abilitate ad intervenire sulle loro dinamiche interne⁵¹, senza nondimeno

cost., 3/2019, 91 ss.; T.F. GIUPPONI, *Trasparenza e «metodo democratico» nella più recente legislazione sui partiti politici. Un'attuazione indiretta dell'art. 49 Cost.?*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 10 ottobre 2019; I. PELLIZZONE, *Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna?*, in AA.VV., *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, cit., 189 ss.; A. SAITTA, *I partiti politici*, cit., 315 ss.; G. CANALE, *La democrazia interna ai partiti: un emblematico esempio di progresso apparente*, in AA.VV., *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, cit., 347 ss.; I. LAGROTTA, *Quale riforma per i partiti? Riflessioni per un recupero di credibilità e di legittimazione per il sistema politico italiano*, cit., 209 ss., nonché, ora, G. DONATO, *La funzione costituzionale dei partiti e il sindacato del potere giudiziario*, Tesi di dottorato in Scienze Giuridiche, Università di Messina, XXXIII ciclo, spec. capp. II e IV.

Con specifico riguardo alla dimensione europea, della quale specificamente si dirà più avanti, tra gli altri, v. G. GRASSO, *Democrazia interna e partiti politici a livello europeo: qualche termine di raffronto per l'Italia?*, in *Pol. dir.*, 2010, 609 ss.; G. SAVOIA, *Democrazia interna ai partiti in Italia e nell'Unione Europea: discipline a confronto*, in [Federalismi.it](#), 6/2014, 19 marzo 2014; R. PERRONE, *Rafforzamento identitario dei partiti politici europei e democrazia nell'Unione: quali strumenti?*, in *Giur. cost.*, 2/2017, 929 ss., spec. 946 ss.; A. COSSIRI, *op. ult. cit.*, 159 ss. e 201 ss.; F. BALAGUER CALLEJÓN, *La democrazia rappresentativa e l'Unione europea*, in AA.VV., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, cit., 53 ss., spec. 62 ss.

⁴⁵ ... ma v., ancora di recente, E. GIANFRANCESCO, *op. et loc. ult. cit.* Altri riferimenti in N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale: un modello costituzionale*, in AA.VV., *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, cit., 290, in nt. 139.

⁴⁶ Più articolato, invece, l'avviso di recente manifestato in dottrina, secondo cui il "metodo democratico" per il versante interno non è dalla Carta imposto ma consentito (I. PELLIZZONE, *op. ult. cit.*, spec. 198 s.).

⁴⁷ C. DE FIORES, *op. et loc. ult. cit.*, che discorre della disciplina dei partiti con legge nei termini di "un rischioso trattamento terapeutico, le cui ricadute pregiudizievoli sul corpo dei partiti sarebbero certamente maggiori dei pochi benefici sortiti" (246).

⁴⁸ Frequente il richiamo al dibattito alla Costituente negli scritti in materia: tra gli altri, v. C.E. TRAVERSO, *Partiti politici e ordinamento costituzionale. Contributo alla determinazione della natura giuridica del partito politico*, Giuffrè, Milano 1980, 127 ss.; G. PASQUINO, *sub art. 49*, cit., 7 ss.; G. RIZZONI, *sub art. 49*, cit., 983 s.; S. MERLINI, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, cit., 62 ss.; v., inoltre, ora, G. DONATO, *op. ult. cit.*, spec. cap. I.

⁴⁹ Per tutti, P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., 114 ss., ed lett. *ivi*, in nt. 323, e, ora, G. GRASSO, *Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle*, cit., 57 ss. che opportunamente rileva essere la democrazia nei partiti "una vera e propria necessità costituzionale" (58).

⁵⁰ In relazione a quali ambiti ed in che misura è, poi, una questione ad oggi aperta a plurimi esiti ricostruttivi.

⁵¹ A riguardo della questione ora discussa, non riprendo qui l'idea, rappresentata anni addietro (nel mio *Note minime in tema di democrazia interna dei partiti politici*, cit., 8), di far luogo ad una disciplina con legge costituzionale, la cui adozione a mio modo di vedere è sollecitata dalla natura dell'oggetto che si situa al cuore della c.d. "materia" costituzionale, dalla disciplina in parola risultando fortemente condizionate le dinamiche complessive sia della forma di governo che della stessa forma di Stato. È poi superfluo dover rammentare che il ricorso alle procedure di cui all'art. 138 garantisce al meglio ogni partito nei riguardi degli altri, a partire ovviamente da quelli minori che potrebbero trovarsi esposti ad insidie subdolamente messe in atto da quelli maggiori, componenti la maggioranza di governo. È vero che si dà pur sempre la risorsa dell'appello al sindacato della Consulta che, nondimeno, chiamata a pronunziarsi sulla disciplina in parola, potrebbe andare incontro a remore non lievi per ciò che attiene all'eventuale caducazione della stessa.

che possa risultarne soffocata l'autodeterminazione⁵², norme il cui rilievo si avverte con specifico riguardo ai casi in cui vengano ad emersione situazioni soggettive degli iscritti costituzionalmente protette e, perciò, meritevoli di essere adeguatamente salvaguardate⁵³.

Ebbene, questa tesi può, a mia opinione⁵⁴, trovare accoglienza ove si convenga (come, a mia opinione, si deve), in premessa, a riguardo del fatto che le disposizioni sia della parte sostantiva che di quella organizzativa della Carta possono essere intese a modo unicamente alla luce degli enunciati espressivi dei valori fondamentali. È proprio così, infatti, che si coglie a pieno il carattere sistematico della Costituzione, nella sua più densa e qualificante espressione apprezzabile in prospettiva assiologicamente orientata. D'altronde, nei valori fondamentali (e nei principi che ne danno la prima e più genuina trascrizione grafica nella Carta) si rinviene – secondo dottrina e giurisprudenza corrente – il *quid proprium*, che dà l'essenza della Costituzione e proietta la propria luce non soltanto su ogni norma costituzionale ma sull'intero ordinamento che dai valori stessi si tiene, trae costantemente linfa e vigore e nel loro nome incessantemente si rinnova restando nondimeno pur sempre fedele a se stesso, nel segno di una continuità che solo da un fatto eversivo, costituente, può essere troncata.

Giusta questa premessa di ordine metodico-teorico, si tratta dunque di chiedersi quale soluzione ricostruttiva possa risultare la più idonea al conseguimento del fine di spezzare il cerchio perverso che ha fatto dei partiti – com'è stato ancora di recente rammentato da un'autorevole dottrina⁵⁵ – dei “centri di potere autoreferenziale”, sì da assicurare – fin dove possibile – l'ottimale “qualità”, nell'accezione sopra data, dell'attività politica da essi svolta, alle condizioni oggettive di contesto, e, di riflesso, la “qualità” della rappresentanza nell'accezione sopra indicata.

Non ho dubbi a riguardo del fatto che, rimettendosi per intero all'autodeterminazione dei partiti stessi quanto attiene alla loro struttura ed alle dinamiche interne, l'obiettivo non possa essere centrato, secondo quanto peraltro è avvalorato senza tema di smentita da una annosa, corposa e radicata esperienza. È pur vero, però, che neppure persuade al piano teorico, oltre ad essere frontalmente

Ad ogni buon conto, come dicevo, non insisto ora sulla proposta suddetta, consapevole che essa avrebbe ancora minori chances di quelle, pure ridotte al lumicino, di cui dispone la tesi corrente, favorevole all'adozione di una legge comune che regoli la materia, dotandosi dei connotati di cui si dirà a momenti.

⁵² Occorre, insomma, “legiferare con cautela”, come avvertono F. Di MASCIO e D.R. PICCIO, *La disciplina della politica. La regolazione dei partiti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2015, 379 ss., spec. 393 ss., ed *ivi* numerosi riferimenti alle esperienze maturate presso altri Paesi; v., inoltre, F. CLEMENTI, *Prime considerazioni intorno ad una legge di disciplina dei partiti politici*, in Federalismi.it, 6/2015, 25 marzo 2015, 1 ss.

⁵³ Tranciante il giudizio di un'autorevole dottrina secondo cui “i partiti non offrono ai loro iscritti neppure le garanzie offerte ai loro soci da una società semplice o da un'associazione di boccioli” (L. FERRAJOLI, *Separare i partiti dallo Stato, riportare i partiti nella società*, in *Lo Stato*, 6/2016, 26). Vengono, nondimeno, al riguardo a porsi delicate questioni, da tempo animatamente discusse [indicazioni possono aversi da G. VECCHIO, *I partiti. Autonomia associativa e regime europeo di democraticità nella partecipazione politica*, cit., 117 ss.; C. PERLINGIERI, *Nuove forme di partecipazione politica e metodo democratico*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2018, 873 ss.; N. PIGNATELLI, *op. ult. cit.*, 263 ss., nonché, ora, G. DONATO, *La funzione costituzionale dei partiti e il sindacato del potere giudiziario*, cit. Con riguardo a talune vicende che hanno alimentato un fitto dibattito, v., poi, E. CATERINA, *Il giudice civile e l'ordinamento interno dei partiti politici: alcune considerazioni sulle recenti ordinanze dei Tribunali di Napoli e di Roma*, in [Osservatorio sulle fonti](http://Osservatorio.sullefonti.it), 3/2016, 1 ss., e G. GRASSO, *Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del Movimento 5 Stelle*, cit., 57 ss. Infine, con specifica attenzione alla salvaguardia delle posizioni soggettive dei parlamentari nei riguardi dei gruppi di appartenenza, v., da ultimo e per tutti, A. CIANCIO, *La garanzia del libero mandato parlamentare tra disciplina di gruppo e trasformazioni dei partiti*, cit., 12 ss.].

Si tenga, nondimeno, presente l'avvertenza fatta dalla più accreditata dottrina (T. MARTINES, *Formazioni sociali e libertà politiche*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, II, Cedam, Padova 1995, 135 ss., e ora in *Opere*, IV, cit., 201 ss.) in merito all'ingresso dei giudici all'interno dei partiti e delle formazioni sociali in genere, al fine di non intaccarne oltre misura l'autonomia.

⁵⁴ Nella tesi ora succintamente rappresentata mi riconosco ormai da molti anni; mi sono sforzato di argomentarla, con specifico riguardo ai rapporti tra le forze politiche ed alle vicende di ordine istituzionale che ne risultano più da presso condizionate, nel mio *Le crisi di governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica*, Giuffrè, Milano 1990; ancora da ultimo, poi, vi ho fatto richiamo nel mio Crisi di governo, emergenza sanitaria, etica pubblica repubblicana, Editoriale, in questa Rivista, 2020, nonché, pure ivi, 2021, nell'altro mio Editoriale dal titolo [Il lascito della “pseudocrisi” di governo del Conte-bis](http://Il lascito della pseudocrisi di governo del Conte-bis).

⁵⁵ F. GALLO, *Democrazia 4.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione*, in Rivista AIC, 1/2020, 20 marzo 2020, 489.

contraria all'esperienza stessa, verso le cui più salienti tendenze e vicende l'interprete degli enunciati costituzionali non può comunque trattenersi dal volgere lo sguardo, la tesi opposta che vedrebbe soffocata o – peggio – azzerata l'autodeterminazione stessa a fronte di una onnipervasiva ed assorbente disciplina legislativa⁵⁶.

Giova, piuttosto, puntare sull'azione sinergica di canoni eteroprodotti e di quelli autoprodotti, di *regole legislative* e di *regolarità della politica*, alle prime spettando di fissare la disciplina di principio o, diciamo pure, la cornice entro cui le seconde possono quindi spiegarsi⁵⁷, in rispondenza dei peculiari caratteri di ciascuna formazione politica, delle sue tendenze e complessive esigenze⁵⁸. Una disciplina, quella fissata con legge, dunque, comunque ragionevolmente contenuta per puntualità di disposti ma auspicabilmente dotata di ampiezza di raggio⁵⁹, e tuttavia incisiva, per come io la vedo di carattere soprattutto “promozionale”⁶⁰, che comunque si spinga ora più ed ora meno entro i vari territori nei quali si articola e dispiega la normazione frutto di autonomia, in ragione dei peculiari connotati di ciascun oggetto riguardato, venendosi così a determinare un sistema a fisarmonica, duttile e mobile allo stesso tempo, in ragione degli specifici oggetti di disciplina. Si tratta, insomma, di trovare un punto di equilibrio tra l'una e l'altra specie di normazione⁶¹, tutte nondimeno rinvenendo un vincolo di scopo e la radice da cui si alimentano nel dovere di fedeltà alla Repubblica, nel suo fare tutt'uno con il dovere di solidarietà, che obbliga individui e formazioni sociali (a partire, appunto, da quelle aventi natura politica), oltre ovviamente a quanti hanno responsabilità istituzionali, ad operarsi per l'ottimale invero dei valori costituzionali, nel quale – come si viene dicendo – a conti fatti si rispecchia la “qualità” della rappresentanza politica, quale secondo modello dovrebbe essere, svolgersi, pervenire a compiuta maturazione.

Resta, nondimeno, provato che regole e regolarità si condizionano variamente a vicenda⁶², dal momento che è solo dalla loro armonica congiunzione che si può coltivare la speranza di centrare l'obiettivo avuto di mira. È chiaro, infatti, che regole malfatte (e, purtroppo, non sono mancate, anche con specifico riguardo al tema che ci occupa⁶³) finirebbero con il lasciare un segno negativo sulle

⁵⁶ Copiosa la letteratura, antica e recente, che avverte del bisogno indisponibile di assicurare comunque la salvaguardia dell'autonomia dei partiti [per tutti, A.I. ARENA, *Alcune brevissime riflessioni sui partiti politici*, cit., 801 s.].

⁵⁷ *Una legge-quadro per i partiti* è il titolo di una densa riflessione di E. CHELI che è in *Il Mulino*, 6/2011, 932 ss.

⁵⁸ Ha, ancora di recente, patrocinato l'adozione di una legge che fissi i “livelli essenziali” di democrazia nei partiti A.G. LANZAFAME, *L'organizzazione territoriale dei partiti: prassi, regole e dover essere costituzionale*, in AA.VV., *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, cit., spec. 398 ss., riprendendo una indicazione dallo stesso altrove data. Di “requisiti minimi” di democrazia interna stabiliti dalla legge ha discorso I. PELLIZZONE, *Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna?*, cit., 199.

⁵⁹ Fa il punto sulla vessata questione relativa all'adozione di una legge generale sui partiti E. ROSSI, *La democrazia interna nei partiti politici*, cit., 1 ss.; in tema, ora, D. CODUTI, *Regolare i partiti politici contemporanei*, Giappichelli, Torino 2019.

⁶⁰ ... ad es., che premi anche con consistenti contributi finanziari (su di che, per tutti, S. LEONE, *La leva economica per spronare i partiti a candidare più donne: una misura efficace?*, in AA.VV., *Il finanziamento della politica*, a cura di G. Tarli Barbieri e F. Biondi, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 177 ss.) i partiti che maggiormente abbiano rinnovato il personale politico in occasione della formazione delle candidature o che valorizzino la parità di genere, l'apporto dei non cittadini alle dinamiche interne di partiti, ecc. (indicazioni nel mio *Note minime in tema di democrazia interna dei partiti politici*, cit., 9 ss.). Una legge, quella adottata in attuazione dell'art. 49, che insomma si risolva – come efficacemente rileva N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale: un modello costituzionale*, cit., 308 – in una “legge per i partiti” (testuale il c.v.o).

⁶¹ ... senza, nondimeno, far passare sotto silenzio la difficoltà, ancora da ultimo segnalata da un sensibile studioso, per il legislatore di varare “una normazione che risulti neutrale rispetto alle diverse *species* di partito politico” (G. DONATO, *La funzione costituzionale dei partiti e il sindacato del potere giudiziario*, cit., 181, che peraltro si dichiara dell'avviso che la normazione in parola si presenti “a maglie larghe”).

⁶² Questione che – come si sa – si pone in termini pressanti con specifico riguardo alla disciplina elettorale ma che, in realtà, possiede – come pure qui si fa, per taluni aspetti, notare – generale valenza [quanto al primo aspetto, si è giustamente rilevato che l'“asfissia democratica” dei partiti ha avuto la sua immediata, pernicioso ricaduta sulle innovazioni apportate ai meccanismi elettorali: A. BARBERA, *La democrazia “dei” e “nei” partiti, tra rappresentanza e governabilità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10].

⁶³ Penso, ad es., a quelle misure che hanno portato all'effetto di una complessiva “deformazione” – com'è stata definita da una sensibile dottrina [M. DELLA MORTE, *Deformare e riformare. La torsione privatistica del campo rappresentativo*

regolarità chiamate a raccordarsi alle prime, e viceversa, regole buone vedrebbero fatalmente pregiudicati i loro effetti da cattive regolarità ad esse conseguenti: come i binari dei treni le une e le altre regole (in senso lato) hanno da saldarsi perfettamente a vicenda, altrimenti il deragliamentò è inevitabile.

5. *Per un modello connotato, nel “tempo ordinario”, dalla massima distribuzione della sovranità e dalla massima cooperazione tra plurimi centri istituzionali (e, segnatamente, tra legislatore e giudici) e, nel “tempo straordinario”, dalla concentrazione del potere in capo all’apparato centrale dello Stato (in ispecie al Governo)*

Al di là, poi, delle regole aventi per diretto e specifico oggetto le dinamiche interne ai partiti, altre ancora possono tornare utili allo scopo.

Molto di buono può, in primo luogo, attendersi da una mirata riforma elettorale, le cui implicazioni con le dinamiche suddette sono d’immediata evidenza e non richiedono pertanto di essere qui nuovamente rappresentate⁶⁴: una riforma – aggiungo – che, rivista dall’angolo visuale qui rilevante, dia comunque modo a ciascun elettore di esprimere le proprie preferenze all’interno di una lista di candidati, salvo poi a stabilire quale tra i molti meccanismi e le molte combinazioni dei sistemi elettorali sia da preferire⁶⁵. Per quanto, infatti, sia ugualmente da mettere in conto che, malgrado le preferenze, possano risultare elette persone meno attrezzate di altre al fine di un esercizio del *munus* apprezzabile per il profilo della “qualità”, a me pare che offrire comunque agli elettori una facoltà di scelta tra i candidati possa giovare maggiormente allo scopo.

Ci si deve inoltre chiedere se e quali innovazioni apportate alla Carta costituzionale possano rivelarsi serventi, in modo diretto o indiretto, nei riguardi della “qualità” della rappresentanza.

come esito e come processo, in Costituzionalismo.it, 2/2019, 18 novembre 2019, 117 ss., del quale v., già, *amplius*, *Rappresentanza vs. partecipazione? L’equilibrio costituzionale e la sua crisi*, FrancoAngeli, Milano 2012] – della rappresentanza. Si aggiungano, poi, gli interventi legislativi progettati e in parte già realizzati (in ispecie, con la legge che ha fatto luogo al “taglio” del numero dei parlamentari) che, pur non volgendosi specificamente alla disciplina dell’organizzazione interna dei partiti, hanno immediati (e, a mia opinione, gravemente nocivi) riflessi sulla stessa, come pure sulle dinamiche della forma di governo e della stessa forma di Stato. Penso, ad es., per tutti, alla inopinata proposta di abolire il divieto di mandato imperativo, restando nondimeno aperta la questione – su cui, ancora di recente, si è intrattenuta una sensibile dottrina [A.M. CITRIGNO - G. MOSCHELLA, *Quale futuro per il divieto di mandato imperativo?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 22 settembre 2018] – relativa alla introduzione di eventuali temperamenti del principio in parola, rispettandone nondimeno il “nucleo duro” (indicazioni di vario segno possono poi aversi, in chiave comparata, dai contributi svolti nell’ambito del Seminario di studi e ricerche parlamentari “Silvano Tosi” e componenti la Ricerca 2019 su “*Il divieto di mandato imperativo: un principio in discussione*, a cura di P. Caretti - M. Morisi - G. Tarli Barbieri, giugno 2019). Ed è purtroppo amaro dover constatare che dei provvedimenti sopra indicati (e di altri ancora per brevità non menzionati) una nutrita schiera di studiosi non ha mancato – come si sa – di denunciare i guasti dagli stessi discendenti, senza nondimeno ad oggi ricevere alcun ascolto da un legislatore sordo ad ogni richiamo volto a riportarne l’operato entro l’alveo costituzionale da cui è sensibilmente deviato.

Ora, avverso alcune delle novità in parola temo che l’auspicio della loro caducazione (in ispecie sotto la scure della Consulta) sia purtroppo destinato a restare sulla carta (così, in particolare, per ciò che concerne il “taglio” suddetto), mentre quanto ad altre non sembra fuori della realtà l’ipotesi che restino prive di seguito.

Come che sia di ciò, ad ogni buon conto, i rimedi avverso pratiche che vedano la luce in seno ai partiti e che si pongano in frontale opposizione nei riguardi del valore democratico e dei valori fondamentali restanti non fanno per vero difetto, quanto meno con riferimento ai casi in cui siano incise posizioni soggettive, sì da sollecitare quindi l’intervento riparatore dei giudici (su di che v., nuovamente, da ultimo, G. DONATO, *La funzione costituzionale dei partiti e il sindacato del potere giudiziario*, cit.).

⁶⁴ Sul rapporto tra i meccanismi elettorali e lo Stato costituzionale, per tutti, v. il corposo studio monografico di L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino 2011; v., inoltre, utilmente, G. DELLEDONNE, *Legge elettorale e principi costituzionali in materia di partiti politici: un’interazione problematica*, in *Quad. cost.*, 4/2017, 801 ss.

⁶⁵ Non si dimentichi il saggio rilievo di un’autorevole dottrina secondo cui “il primo obiettivo di una buona riforma elettorale è la governabilità ma un obiettivo altrettanto importante è una buona selezione dei candidati” (A. BARBERA, *La democrazia “dei” e “nei” partiti, tra rappresentanza e governabilità*, cit., 8).

In generale, va qui pure rinnovata l'avvertenza, già altrove ripetutamente fatta, a guardarsi dai sempre possibili usi distorti dello strumento apprestato dall'art. 138, tanto se meramente prospettati quanto (e più ancora) se portati a termine, per il tramite dei quali la Costituzione viene presentata agli occhi di una pubblica opinione in larga parte inconsapevole come un bersaglio da abbattere, ad essa imputandosi la responsabilità di guasti che invece hanno principalmente, se non pure esclusivamente, nel sistema politico e di quanti in esso operano con ruoli di primo piano la causa prima della loro esistenza. È pur vero, nondimeno, che, ancora una volta, anche le regole possono (e devono) fare la loro parte e – laddove sia ormai acclarato che hanno mancato l'obiettivo di dare un orientamento (se non pure un ordine) alle dinamiche politico-istituzionali – vanno dunque cambiate senza esitazione e rimpianto, sì da renderle maggiormente attrezzate ad arginare manifestazioni della politica debordanti dall'alveo costituzionale o, come che sia, inadeguate a far fronte ai più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale⁶⁶.

Come si è fatto in altri luoghi notare⁶⁷, *la malizia del potere (aggiungo ora: specie ove si orienti verso obiettivi devianti dal solco costituzionale) si combatte anche, seppur ovviamente non solo, con la malizia della Costituzione*. È pur vero però che le regole sono esse stesse il frutto della politica, anzi proprio di alcune delle massime decisioni politiche; e, perciò, è tutta da verificare la sussistenza di una ferma volontà degli operatori di far luogo ad innovazioni positive da cui discendono limiti anche particolarmente consistenti alla loro azione. E, tuttavia, l'esperienza testimonia che, ricorrendone le condizioni complessive di contesto, di ciò si è avuto più volte (ed anche assai di recente) riscontro⁶⁸.

Per l'aspetto ora considerato, credo che sia necessario varare con urgenza una modifica della Carta che, in primo luogo, abbia di mira l'art. 94, commutando la maggioranza prevista per la concessione e la revoca della fiducia da semplice in assoluta. Una riforma, questa, che – come si è tentato di mostrare altrove⁶⁹ – può andar bene, per opposte ragioni, alle forze politiche degli opposti schieramenti; ed una riforma che proprio la vicenda alla quale abbiamo da ultimo assistito, che ha visto il Governo Conte incassare il voto favorevole della maggioranza relativa al Senato, per effetto dell'astensione dei parlamentari di Italia Viva, dimostra essere con pressante urgenza imposta⁷⁰. Lo è, per il fatto, di tutta evidenza, che, laddove il Governo dovesse seguitare a restare in carica senza godere dell'appoggio di una maggioranza stabile dei componenti entrambi i due rami del Parlamento,

⁶⁶ La posizione che reputo, dunque, maggiormente corretta e feconda è quella mediana tra il corno estremo del revisionismo (o – peggio – riformismo) costituzionale a tutti i costi e l'altro, opposto, della immutabilità della Carta, non già, ovviamente, al piano formale-astratto, nessuno contestando l'assoggettabilità della stessa ad eventuali innovazioni, bensì a quello sostanziale, alcuni autori facendosi portatori di una marcata vocazione al “congelamento” della Carta, quale uscita dalla penna del Costituente, frutto – a quanto pare – di una visione mitica o, diciamo pure, sacrale della stessa, quale documento privo di macchia alcuna e perfetto in sé e per sé (ha anni addietro efficacemente sintetizzato quest'orientamento R. BIN, *Cose serie, non riforme costituzionali!*, in *Quad. cost.*, 2/2013, 317 ss.).

⁶⁷ ... tra i quali, il mio *In tema di norme intrusive e questioni di fiducia, ovverosia della disomogeneità dei testi di legge e dei suoi possibili rimedi*, in AA.VV., *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, a cura di N. Lupo, Cedam, Padova 2010, 19 ss., spec. 28.

⁶⁸ Basti solo pensare, da ultimo, al “taglio” dei parlamentari, introdotto da una legge di revisione costituzionale dall'oggetto apparentemente circoscritto e, però, come si è opportunamente rilevato in molti commenti, gravida d'implicazioni a largo raggio e che, perciò, richiederebbe una lunga serie di ulteriori interventi chirurgici mirati nel corpo costituzionale al fine di parare il rischio che possano discenderne effetti gravemente pregiudizievoli per alcuni interessi costituzionalmente protetti e, ancora più a fondo, per alcuni valori fondamentali dell'ordinamento.

Tengo qui a rinnovare, ancora una volta, il giudizio negativo già manifestato nei riguardi della novità in parola che, nondimeno, merita di essere qui nuovamente richiamata, dal momento che essa offre una rilevante testimonianza del fatto che i parlamentari che l'hanno varata erano, evidentemente, del tutto consapevoli che, in conseguenza della stessa, molti di loro non avrebbero verosimilmente trovato più posto nelle future assemblee parlamentari.

⁶⁹ ... nel mio *Il lascito della “pseudocrisi” di governo del Conte-bis*, cit.

⁷⁰ ... e tale, a mio modo di vedere, comunque sarebbe pur laddove dovesse aderirsi alla proposta, da ultimo con opportuni argomenti affacciata in un [Editoriale](#) (di P. COSTANZO), dal titolo [Quanto ci si può fidare di questa fiducia?](#), apparso in questa [Rivista](#), 2021, secondo cui gioverebbe, in prospettiva di riforma, riservare ad uno solo dei rami del Parlamento il potere di dare e togliere la fiducia, nel quadro di un complessivo rifacimento delle loro funzioni e del loro ruolo (una innovazione, questa, che – come si sa – si era in passato tentato senza successo di introdurre).

risulterebbe afflitto da una intrinseca debolezza che potrebbe frenarne o variamente condizionarne l'azione politica, tanto più in una congiuntura, quale quella presente, che richiede l'adozione di misure a getto continuo, a largo raggio e fortemente incisive, al fine di porre un qualche rimedio agli effetti devastanti prodotti dalla pandemia.

Non credo, ad ogni buon conto, che l'innamoramento che lega visceralmente molti di noi alla Carta e ai suoi valori ci renda ciechi al punto di non avvederci che, a distanza di ormai molti lustri dalla sua entrata in vigore, si rendano indispensabili ed urgenti ulteriori innovazioni a quelle già apportate. Lo stesso Titolo V, che – come si sa – è andato soggetto al suo sostanziale, integrale rifacimento, meriterebbe di essere nuovamente riformato, anche al fine qui specificamente rilevante, secondo quanto si dirà a momenti.

A mia opinione, buoni risultati possono ragionevolmente attendersi da alcune mirate innovazioni sia di rango costituzionale che ai piani sottostanti della piramide delle fonti, accomunate dal fine della *massima distribuzione possibile della sovranità tra plurimi centri istituzionali* (in ambito interno⁷¹ così come a quello delle relazioni interordinamentali⁷²) e della *massima cooperazione sia*

⁷¹ Così, per fare ora solo un esempio a mia opinione particolarmente istruttivo, al piano dei rapporti Stato-Regioni, gioverebbe puntare – come vado dicendo da tempo – ad un radicale rifacimento dell'impianto costituzionale, quale potrebbe aversi introducendo un meccanismo duttile di riparto di materie e funzioni ispirato alla "logica" di una *specialità diffusa*, dando modo ad ogni Regione di attingere da un serbatoio disposto al centro ogni competenza congeniale ai peculiari interessi emergenti dal proprio territorio, eccezion fatta ovviamente di quelle cui facciano capo interessi insuscettibili di essere attratti nell'orbita di discipline differenziate e bisognosi piuttosto di restare nella esclusiva cura dello Stato. Allo stesso tempo – è appena il caso qui di rilevare di passaggio – è necessario predisporre meccanismi prontamente azionabili ed efficaci di salvaguardia dell'unità-indivisibilità dell'ordinamento, sì da consentire in ogni tempo allo Stato di intervenire a colmare inadempienze e, in genere, a rimediare a pratiche lesive dell'unità stessa, poste in essere dalla mano regionale. E, tuttavia, accenno qui di passaggio, non si trascuri il dato per cui l'unità in parola può trovarsi messa a rischio anche da atti dello stesso Stato che rechino un *vulnus* più o meno grave all'autonomia, che poi *per ciò stesso* si rifletta a carico della stessa unità. La qual cosa può considerarsi, a mia opinione, provata ove si convenga a riguardo del fatto che quest'ultima si fa ed incessantemente rinnova – secondo modello – proprio grazie alla promozione e salvaguardia, la massima consentita dalle condizioni oggettive di contesto, dell'autonomia medesima, non già con il suo svilimento e lo spegnimento [maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, 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.].

⁷² Assegno uno speciale significato allo spostamento di quote considerevoli della sovranità a beneficio della Comunità internazionale e di organizzazioni sovranazionali, a partire ovviamente dall'Unione europea [in relazione alla quale ultima un quadro di sintesi può vedersi in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁵, Giappichelli, Torino 2019, nonché ora in G. VOSA, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri fra Stati e Unione europea*, FrancoAngeli, Milano 2020. De *La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei* ha poi di recente discorso A. GUAZZAROTTI, in *DPCE on line*, 1/2020, 20 aprile 2020, 327 ss., mentre de *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa* tratta un succoso saggio in forma monografica di A. BERNARDI, Jovene, Napoli 2019. Infine, *La sovranità oltre lo Stato* è il titolo di un denso studio di E. CANNIZZARO, Il Mulino, Bologna 2020]. E ciò, per il fatto che, demandandosi la disciplina di interessi di rilievo costituzionale a sedi di produzione giuridica disposte fuori delle mura domestiche, si rende possibile rimediare – pur se solo in parte – a talune carenze evidenziate entro queste ultime. È però appena il caso qui di rilevare, seppur di sfuggita, che ad una siffatta traslazione deve accompagnarsi la fissazione, in modo fermo, delle condizioni necessarie a far sì che l'azione dell'Unione sia costantemente ispirata alla reciproca solidarietà degli Stati che la compongono e votata alla salvaguardia del patrimonio dei valori che stanno a base dello Stato di diritto [su di che può, se si vuole, vedersi il 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, 10 ss.; ha, di recente, molto insistito, con opportuni rilievi, sulla solidarietà tra i Paesi membri dell'Unione, anche F. POLACCHINI, *Solidarietà e doveri per una cittadinanza europea in costruzione: dai diritti di cittadinanza ad una comunità sovranazionale di diritti e doveri*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 3 dicembre 2020, 456 ss.].

Convengo, poi, con l'avviso manifestato da una sensibile dottrina (C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, cit., 211 ss.) a riguardo del fatto che il futuro dei partiti politici non può essere ricercato nello Stato-nazione, sempre pronto a riemergere (anche con tratti particolarmente marcati ed inquietanti), ma in Europa, non nascondendomi tuttavia allo stesso tempo quanto sia arduo centrare quest'obiettivo, anche per la miopia e la refrattarietà degli stessi partiti a perseguire in modo fermo questo disegno. Faccio, dunque, mia la conclusione cui perviene, al termine del suo argomentato studio, la dottrina ora richiamata, laddove rileva il bisogno di "un'Europa pesante, con un assetto politico pesante (democraticamente

interorganica che intersoggettiva nell'esercizio delle pubbliche funzioni. Per l'uno e per l'altro verso può, infatti, centrarsi l'obiettivo della distribuzione del potere (e delle responsabilità) in forme tali da dar modo a ciascuna sede istituzionale di controllare il (e, fin dove possibile, rimediare al) distorto operato delle altre, sì da ovviare a talune strutturali carenze della normazione e, in genere, delle pubbliche funzioni (in specie di quella giurisdizionale), nel loro farsi diritto vivente.

È di cruciale rilievo per l'ottimale funzionalità del modello qui tratteggiato unicamente nei suoi lineamenti essenziali che il sistema cui esso si riferisce risulti dotato di una struttura solida e flessibile allo stesso tempo, di modo che in situazioni di fisiologico svolgimento delle relazioni istituzionali, quali si hanno nel "tempo ordinario" – come lo si è altrove chiamato – si tenga ferma la massima distribuzione della sovranità suddetta, ammettendosi nondimeno, *per esplicita previsione costituzionale*⁷³, la eventualità che in situazioni di emergenza (caratterizzanti il "tempo straordinario") quote significative di sovranità si spostino in capo all'apparato centrale dello Stato (e, segnatamente, al Governo ed ai suoi componenti⁷⁴) a presidio della identità e continuità dell'ordinamento nel tempo messa a rischio da eventi eccezionali di inusitata gravità, vale a dire a garanzia proprio di quel modello di distribuzione massima della sovranità che, una volta tornato lo stato di quiete (il "tempo ordinario"), dà la cifra identificante dell'ordinamento stesso.

La distribuzione del potere, nondimeno, non dovrebbe tradursi, così come invece non poche volte si è avuto e tende anzi viepiù ad aversi, nella confusione dei ruoli e delle relative responsabilità (che, poi, a conti fatti, portano ad una "non responsabilità", seppur solo di tipo diffuso⁷⁵, che, per ragioni varie di ordine politico-istituzionale, non ha – come si sa – avuto modo di spiegarsi in apprezzabile misura). La qual cosa, tuttavia, non equivale a riproporre antichi schemi teorici ispirati ad una rigida separazione dei ruoli stessi che, al di là di pur legittime riserve che allo stesso piano teorico sollevano, sono decisamente rigettati da un contesto refrattario ad accoglierli e *quodammodo* metabolizzarli.

legittimato), con partiti transnazionali pesanti" (251), consapevole del fatto che in tal modo si potrà (almeno in parte) ovviare a talune carenze di cui si ha da noi specificamente riscontro. Avverto, però, ancora una volta, che una cruda e disincantata osservazione della realtà obbliga a riconoscere che taluni fattori degenerativi propri della forma-partito in genere e, perciò, dell'istituto della rappresentanza *ut sic*, pur nelle sue varie espressioni in contesti istituzionali ad ogni modo diversi, potranno ugualmente riprodursi, seppur con connotati verosimilmente meno vistosi ed incisivi [utili indicazioni a riguardo delle prospettive della democrazia rappresentativa in ambito eurounitario sono state di recente offerte da AA.VV., *Parlamenti e democrazia in Europa. Federalismi asimmetrici e integrazione differenziata*, a cura di C. Fasone - N. Lupo - A. Vauchez, Il Mulino, Bologna 2020; cfr., inoltre, G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza politica, dinamiche sovranazionali, nazionalismi. Notazioni a partire da un recente volume*, in *Diritti Comparati*, 2/2020, 1 ss., spec. 19 ss.].

⁷³ Una previsione che in atto non c'è e che – come si è tentato di argomentare altrove [in specie, nel mio *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in *Stato di diritto Emergenza Tecnologia* (a cura di G. De Minico e M. Villone), Genova, Consulta OnLine, 2020, 196 ss.] – è urgente, a mia opinione, introdurre nella Carta allo scopo opportunamente novellata. E così, ove si fosse avuta, ci sarebbe forse stato risparmiato lo spettacolo assai poco edificante costituito da animate (e, per vero, talora scomposte) controversie tra esponenti del Governo (a partire dal Presidente del Consiglio) e Presidenti di Regioni e Sindaci, così come di questi ultimi *inter se*, aventi ad oggetto la delimitazione delle rispettive sfere di competenza.

È, ad ogni buon conto, appena il caso di esplicitare che la soluzione qui patrocinata non autorizza il Governo (e i suoi componenti) ad attrarre a sé ogni decisione in merito alla gestione dell'emergenza, come pure a riempirla di ogni possibile contenuto, restando pur sempre ogni determinazione al riguardo soggetta al consueto controllo secondo ragionevolezza, nella sua specifica espressione della congruità delle misure adottate rispetto alla situazione di fatto sulla quale sono destinate ad operare. Che, poi, si diano le condizioni oggettive di contesto che consentano un efficace esercizio del controllo stesso (e la conseguente, eventuale caducazione delle misure varate per far fronte all'emergenza) è, ovviamente, tutto un altro discorso che deve, di tutta evidenza, farsi in altro luogo.

⁷⁴ ... rafforzandosi, allo stesso tempo, con le opportune innovazioni ai regolamenti camerati, il ruolo d'indirizzo e controllo del Parlamento, per un verso, e, forse più ancora (data la celerità dei tempi richiesti per l'adozione delle misure necessarie a far fronte all'emergenza), del Presidente della Repubblica. Quanto al primo versante, il punto è variamente rimarcato in dottrina [per tutti, G. RIVISECCHI, *Divisione dei poteri, relazioni tra Stato e Regioni e ruolo del Parlamento ai tempi del coronavirus*, in *Diritti Regionali*, 3/2020, 30 dicembre 2020, 637 ss., spec. 648 ss.]; quanto al secondo, può, se si vuole, vedersi il mio scritto da ultimo richiamato.

⁷⁵ ... nei limiti in cui si riesca davvero a tenere fino in fondo distinta dalla responsabilità istituzionale: una distinzione giudicata "arrischiata" da un'avvertita dottrina (V. ANGIOLINI, *Le braci del diritto costituzionale ed i confini della responsabilità politica*, cit., 57 ss., spec. 60 ss.).

Il giusto mezzo tra la *confusione* e la *separazione* dei ruoli è dato dalla loro *distinzione*, accompagnata da una fitta, costante e feconda cooperazione sia interorganica che intersoggettiva; e il modo migliore per assicurarla è, a mio modo di vedere, quello stesso che si ha tra i produttori di norme espressive, rispettivamente, di *principi* e di *regole*, in vista del complessivo appagamento di diritti e interessi in genere quale non potrebbe altrimenti aversi né solo dai primi né solo dalle seconde.

Si è poc'anzi veduto che la soluzione interpretativa dell'art. 49 maggiormente conducente ai valori nel loro fare "sistema" è quella che si affida ad un apporto equilibrato della *produzione normativa eteroprodotta* e di quella *autoprodotta* avente ad oggetto la struttura e le dinamiche interne dei partiti, all'una spettando di fissare una disciplina essenziale, *per principia*, ed all'altra quella minuta e dettagliata, diversa da una formazione politica all'altra e congeniale ai peculiari connotati di ciascuna di esse.

Ebbene, analogamente, anche il rapporto tra la legislazione (e il c.d. "diritto politico" in genere) e la giurisdizione⁷⁶, specie laddove aventi ad oggetto i diritti fondamentali, per un suo fisiologico ed efficace svolgimento⁷⁷, dovrebbe ispirarsi allo schema suddetto che vede anteposta la disciplina di cornice, *per principia*, tipicamente rimessa alla legge ed agli altri atti espressivi di "diritto politico", ed invece demandata quella di dettaglio al diritto di giurisprudenziale fattura, in ciascuna delle sue plurime articolazioni ed espressioni ed in tutte assieme, quali si hanno per mano delle Corti europee, del giudice costituzionale, dei giudici comuni in genere⁷⁸.

Certo, la tipizzazione dei ruoli che corre lungo il crinale principio-regola risulta alquanto fragile, nient'affatto suscettibile di cogliersi appieno, con sicurezza, al piano teorico e comunque è assai ardua da preservare nel corso di pratiche esperienze attraversate da un moto interno incessante e gravate da plurime tensioni e contraddizioni. D'altro canto, anche in seno al variegato "insieme" della

⁷⁶ ... delle cui varie ed articolate movenze si discute – come si sa – animatamente da tempo [interessanti spunti ricostruttivi sono stati, non molto tempo addietro, offerti da M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., nonché dai contributi di AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti - R. Tarchi, University Press, Pisa 2020, ed *ivi* il mio [Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie](#), già in questa [Rivista](#), 2019/III, 707 ss.].

⁷⁷ ... idoneo, perciò, a far fronte alle formidabili prove cui è sottoposto, specie nella presente congiuntura storica gravata – come si diceva – da plurime ed ingravescenti emergenze.

⁷⁸ In questo modello, che vuole una legislazione essenziale e duttile seguita da una "delega" ai giudici per la produzione di regole non meramente applicative [come, invece, patrocinato da un'accreditata dottrina: spec., M. LUCIANI, in più scritti, tra i quali *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [Rivista AIC](#), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, 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.] bensì attuative dei principi fissati dalla prima, caratterizzanti le operazioni di bilanciamento in concreto richieste dalle singole vicende processuali, si riconosce una nutrita schiera di studiosi [ex plurimis, A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in [Biolaw Journal](#), 1/2016, 105 ss.; P. VERONESI, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in [Biolaw Journal](#), 2/2018, 77 ss.; nella stessa *Rivista*, M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, [La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?](#), in questa *Rivista*, 2018/I, spec. 235 ss. e, dello stesso, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in [Giustizia Insieme](#), 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 90 ss.; A. 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. Dal mio canto, ne ho patrocinato l'accoglimento in più scritti, tra i quali *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 257 ss., nonché in [Federalismi.it](#), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4, e *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 2/2019, 15 luglio 2019, 35 ss., spec. 49 ss.].

legislazione si danno non pochi casi di successione e di raccordo di leggi di principio e di leggi di dettaglio⁷⁹, senza che poi sia agevole nei fatti stabilire se vi siano stati (e in che misura si siano avuti) scostamenti dal modello ed indebite invasioni di campo. Non si trascuri, ad ogni buon conto, la circostanza per cui ogni riscontro in seno alla legislazione risulta soggetto a spinte e contropunte di vario segno e di varia intensità dovute alla natura frequentemente mutevole degli interessi rispettivamente demandati alla cura di questo o quell'ente; e l'accertamento della natura o della dimensione degli interessi stessi è – come si sa – assai impegnativo, dal momento che prende forma su un terreno scivoloso, poco illuminato dagli enunciati costituzionali che lo riguardano, connotati da un linguaggio estremamente sibillino, per non dire in più punti della trama dagli stessi composta in tutto e per tutto oscuro. E, tuttavia, una qualche capacità di delimitazione dell'area materiale entro la quale va condotta la ricerca dei significati astrattamente possibili degli enunciati stessi si ha pur sempre, se si conviene che non fanno comunque difetto i segni, ora più ora meno marcati, lasciati dalla scrittura costituzionale, la Carta non esibendo mai – checché ne abbia detto un'autorevole dottrina⁸⁰ – pagine “bianche”, nella stretta accezione del termine.

6. Le “catene” di normazione e giurisdizione, di cui si ha riscontro tanto al piano dei rapporti interordinamentali quanto a quello interno al singolo ordinamento dato, quale rimedio (seppur parziale) alla carente “qualità” della rappresentanza politica, e le torsioni dei ruoli istituzionali che, in occasione della formazione delle “catene” stesse, si rendono non di rado manifeste

Questo schema – come si viene dicendo – possiede, a mia opinione, generale valenza e tende anzi viepiù ad affermarsi e diffondersi per ogni dove, specie nel presente contesto in cui non si danno, se non raramente, oggetti della normazione bisognosi di trattamento esclusivo in seno ad un ordinamento dato, che dunque si perfezioni nel “chiuso” dello stesso. Si danno, di contro, oggetti che, per essere disciplinati a modo, richiedono la produzione di uno sforzo formidabile, che supera le sole forze pure del più attrezzato dei “sovrani”, quale può aversi attraverso un lavoro di squadra, compiuto in spirito di autentica, “leale cooperazione”, distribuito tra più ordinamenti e, per uno stesso ordinamento, a più livelli istituzionali, coinvolgendo dunque la Comunità internazionale, organizzazioni sovranazionali (a partire, ovviamente, dall'Unione europea) e, in ambito interno, plurimi operatori istituzionali, in sede centrale come pure in ambito locale.

Vengono in tal modo a formarsi – come si è tentato di mostrare in altri luoghi⁸¹ – delle “catene” normative, ora più ed ora meno lunghe in relazione ai peculiari oggetti della loro disciplina, che attraversano gli ordinamenti, distribuendosi e diffondendosi quindi fino ad abbracciare aree materiali anche particolarmente vaste. “Catene” che – come si è veduto – vedono coinvolti nella opera assai ardua della loro formazione anche i giudici, cui è anzi rimesso un compito di particolare impegno, specie laddove debba svolgersi sul terreno sul quale maturano le esperienze dei nuovi diritti (ancora di più, poi, di quelli riguardanti le vicende d'inizio e fine-vita, che obbligano a complesse e sofferte mediazioni tra plurimi interessi meritevoli di tutela⁸²).

⁷⁹ Esemplarmente, come si sa, nelle materie di potestà ripartita tra Stato e Regioni.

⁸⁰ Il riferimento è ad un noto pensiero di L. PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amm.*, 1971, III, 3 ss., spec. 39, espresso con specifico riguardo al catalogo delle materie di competenza regionale e quindi ripreso e variamente adattato a plurime fattispecie ed esperienze da più autori.

⁸¹ ... tra i quali il mio *Tecniche di normazione, tutela dei diritti fondamentali, teoria della Costituzione*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2008, spec. 10 ss.

⁸² Indicazioni, nella vastissima lett., per tutti, in S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Roma 2020, e *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Aracne, Roma 2020, nonché, con specifico riguardo alle prime, in V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Giappichelli, Torino 2019, e, quanto alle seconde, in C. IANNELLO, *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

Ora, è chiaro che il coinvolgimento di plurimi operatori istituzionali non per ciò rende più agevole il compito di ciascuno di essi che, anzi, ne risulta viepiù complicato, nella consapevolezza che, venendo meno anche solo uno degli anelli della “catena”, fatalmente la stessa si renderebbe inservibile allo scopo o, comunque, ne risulterebbe in maggiore o minore misura pregiudicato il comune obiettivo avuto di mira. E, tuttavia, l’esperienza ci consegna numerosi esempi di “supplenza”, alle volte esercitata in modo per vero forzoso, dell’uno verso l’altro operatore, al fine di porre rimedio ad omissioni o a cattivi esercizi di funzioni vitali per l’appagamento di interessi costituzionalmente meritevoli di tutela e, in genere, per l’affermazione dei valori costituzionali.

Non ho dubbi a riguardo del fatto che, nella gran parte dei casi in cui se ne ha riscontro (se non pure di tutti...), la radice da cui le torsioni dei ruoli si alimentano è data proprio dalle acclerate e gravi carenze complessive esibite dalla rappresentanza politica. La vicenda – come si è veduto – ha risalenti ascendenze, e però proprio nel tempo a noi più vicino ha preso una piega assai pericolosa ed inquietante, avendo la tendenza di cui ora si discorre subito una inusitata (anche rispetto ad un recente passato) accelerazione e manifestandosi in forme abnormi.

Si pensi solo al fenomeno assai noto delle manipolazioni dei testi di legge ad opera della giurisprudenza costituzionale, in ispecie ad alcune delle sue espressioni nelle quali l’attributo e, direi, la carica della “normatività” appaiono particolarmente vistosi⁸³, ma non si trascurino neppure le manipolazioni di frequente operate dai giudici comuni, seppure assai problematicamente intercettabili, per via d’interpretazione, specie a mezzo della c.d. interpretazione conforme.

Ebbene, è chiaro che del fenomeno in parola non si sarebbe avuta traccia alcuna (e, comunque, non nella accentuata misura di cui si è avuto, e si ha, riscontro) laddove la legislazione fosse stata fatta, e seguitasse a farsi, a modo. Purtroppo, è storia antica quanto l’uomo che, laddove si riscontra un vuoto di potere, lì vi è pur sempre chi è pronto ad occuparlo, anche se è doveroso riconoscere che la “supplenza” in parola – come la stessa Corte ha in modo stizzito rilevato per bocca del suo Presidente *pro tempore*, G. Zagrebelsky⁸⁴ – non è stata di certo né “richiesta” né “gradita”⁸⁵. Questa vicenda si è, però, di recente presentata con un andamento alquanto singolare, discutibile (e, invero, è animatamente discusso) e, a mia opinione, preoccupante, essendosi manifestata (e manifestandosi) a mezzo di tecniche decisorie fortemente penalizzanti per la discrezionalità del legislatore⁸⁶,

⁸³ Il carattere sostanzialmente “normativo” di alcune specie di decisioni della Corte costituzionale è rilevato – come si sa – da tempo dalla più avvertita dottrina (per tutti, G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.); con gli anni, però, ha assunto forme viepiù vistose e discusse, agevolato e *quodammodo* veicolato dal fiorire di tecniche decisorie sempre più varie ed incisive, delle quali la punta più elevata si è, forse, avuta con *Cappato*, secondo quanto si dirà meglio a momenti.

⁸⁴ ... in occasione dell’annuale Conferenza stampa relativa al 2004.

⁸⁵ In tema è fiorita – come si sa – una messe copiosa di scritti di vario segno (per una recente messa a punto, per tutti, M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. soc.*, 1/2020, 53 ss.).

⁸⁶ ... peraltro già in più occasioni soggetta ad un *pressing* soffocante [riferimenti in A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 26 novembre 2019, 154 ss.; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cap. II degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, 104 ss.; 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. Non a caso, d’altronde, una sensibile dottrina (D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss.) ha rilevato il superamento delle “rime obbligate”, originariamente fatte valere dalla giurisprudenza, e la loro sostituzione ad opera dei “versi sciolti”, nel mentre un accreditato studioso e giudice costituzionale, F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss., spec. 115, ha discusso di un “progressivo commiato dal teorema delle ‘rime obbligate’”. Tra i molti altri che ne hanno di recente trattato, v. C. PADULA, *A mo’ di premessa: realtà e mito nella creatività procedurale della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, a cura dello stesso C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, 19 ss., e, pure *ivi*, 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*, 243 ss., e G. D’AMICO, *Il volto giuridico delle scelte di fine vita. Brevi note a proposito della “creatività” delle decisioni della Corte sul c.d. caso Cappato*, 311 ss.; v., ancora, di M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, intervento al Seminario *Un riaccostamento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*,

sottoposta ad uno *stress* continuo, crescente e, in alcuni casi, per vero insopportabile. La punta più elevata di questo *trend* si è da ultimo avuta – come si sa – con *Cappato*, che ha portato alla invenzione di una inusuale (e, a mia opinione temeraria) tecnica decisoria realizzata in due tempi, per effetto della quale la discrezionalità in parola è stata, a conti fatti, azzerata⁸⁷. Una tecnica cui, ad oggi, è stato dato seguito una sola volta⁸⁸, peraltro contraddetta in circostanze per più versi analoghe⁸⁹, che dunque avrebbero potuto sollecitare un trattamento non differenziato che però l'oscillante e talora pilatesca giurisprudenza costituzionale non ha ritenuto di doverle riservare.

Ora, a mio modo di vedere, la giustificazione della “supplenza” riferita al bisogno di non lasciare sguarnito di tutela un diritto che risulterebbe gravemente e persino per intero sacrificato non riesce a “coprire” una manovra “politico-normativa” – ché di questo, piaccia o no, a conti fatti si tratta⁹⁰ – pur abilmente posta in essere dalla Consulta per rimediare alle perduranti carenze della rappresentanza. Una giustificazione, dunque, che non regge, se in via generale si conviene a riguardo del fatto che, una volta spazzato via il principio della separazione dei poteri, pur nei limiti in cui può considerarsi servito e tenuto faticosamente in piedi dal limite del rispetto della discrezionalità del legislatore, fatalmente gli stessi diritti fondamentali finiscono, prima o poi, con l'esserne pregiudicati. Un esito obbligato – ne va dato atto – dal momento che, come si è osservato altrove, priva di una delle sue due gambe, la Costituzione non solo non può camminare spedita nel suo cammino senza fine ma neppure sta in piedi, esattamente così come un essere umano che con una sola gamba e privo di stampelle può tutt'al più fare qualche saltello per poi cadere a terra.

Di contro, un moderato ed opportunamente orientato interventismo dei giudici, in linea con il modello sopra indicato, giova, a un tempo, ai diritti (e, in genere, agli interessi costituzionalmente protetti) e – per ciò che è qui di specifico interesse – alla rappresentanza politica i cui prodotti normativi possono ricevere congruo svolgimento grazie all'“attuazione” mirata, in ragione dei casi, ad essi data in occasione delle singole vicende processuali⁹¹. D'altro canto, per quanto – come si è venuti dicendo – forme abnormi di “supplenza” giudiziaria siano comunque da deprecare, è pur vero che da esse possono venire suggestioni ed indicazioni per la normazione a venire, risolvendosi pertanto in un sussidio per la rappresentanza politica.

Legislazione e giurisdizione – si sa – si dispongono in circolo, variamente condizionandosi a vicenda; e il circolo può essere ora vizioso ed ora virtuoso, non solo l'uno o l'altro, restandone

svoltosi il 13 novembre 2020, in corso di stampa in [Federalismi.it](#); inoltre, G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 13 novembre 2020].

⁸⁷ Ma v. la diversa lettura ancora da ultimo riproposta da M. RUOTOLO, *op. et loc. ult. cit.*

⁸⁸ [Ord. n. 132 del 2020](#), sulla quale, tra le altre, la mia nota, dal titolo [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, 399 s., nonché i commenti di R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 3/2020, 4 agosto 2020, 103 ss.; R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro it.*, 9/2020, I, 2565; A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il “caso Cappato”*, in questa [Rivista](#), 2020/III, 545 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.; F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 27/2020, 7 ottobre 2020, 206 ss.; M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2020, 1411 ss.

⁸⁹ Mi riferisco, in particolare, alla vicenda di cui a [Corte cost. sent. n. 230 del 2020](#) (un richiamo ad un mio pensiero al riguardo può vedersi in N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, intervento al Seminario *Un riaccostamento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, cit., § 5).

⁹⁰ E, invero, non mi pare che si possa altrimenti qualificarla, perlomeno ove si abbia a cuore di dare una fedele rappresentazione dell'accaduto.

⁹¹ Emblematica, al riguardo, l'esperienza formatasi in relazione alle pronunzie additive di principio della Consulta o alle decisioni-pilota della Corte EDU.

demandata la qualificazione all'esperienza, nel suo incessante divenire e nelle forme assai varie in cui si manifesta.

Il modello qui pure vagheggiato non è, dunque, né quello di uno “Stato legislativo”, ingenuamente inteso ed ispirato a schemi un tempo invalsi ma ormai chiaramente non più riproponibili, né l'altro di uno “Stato giurisdizionale”, quale per la critica strumentale, approssimativa e francamente rozza, si sarebbe a giudizio di molti ormai affermato, ma l'altro ancora di uno “Stato legislativo e giurisdizionale” assieme, vale a dire di una legislazione “forte” accompagnata e sorretta da una giurisdizione parimenti “forte”, in ciascuna delle sue articolazioni e in tutte assieme. Poi, può ben darsi, ovviamente, che si abbiano occasionali scostamenti da questa indicazione metodico-teorica in un senso o nell'altro, testimoniati da singole vicende processuali. Cionondimeno, in un ordinamento ipergarantista, quale il nostro, si danno pur sempre i rimedi idonei a reprimerne – fin dove possibile – le manifestazioni (in specie, l'invalidazione delle leggi e il meccanismo delle impugnazioni per le sentenze ma, più ancora – come si dirà subito appresso – il “dialogo” tra le Corti).

7. Il declino della rappresentanza e il “dialogo” tra le Corti quale (parziale) rimedio alla sua crisi

È giunto il momento di tirare le fila del discorso svolto e trarne alcune finali conclusioni, specificamente vevoli per il futuro che è ormai alle porte.

Il nodo della rappresentanza – come si è veduto – avvolge non soltanto il sistema istituzionale ma, ancora prima (e di più), la stessa Costituzione e lo Stato che da essa prende il nome, condiziona il mantenimento dell'una e dell'altro, per il modo con cui li abbiamo conosciuti alla luce delle indicazioni, assiologicamente pregnanti, consegnateci dai rivoluzionari francesi e poste a base dell'edificio ordinamentale d'ispirazione liberale.

Ora, possiamo pensare – come si è parimenti veduto – ad innovazioni anche di rango costituzionale, riguardanti la struttura stessa della sede in cui elettivamente trova posto la rappresentanza politica, quale quella che vuole incardinati nella seconda Camera⁹² esponenti delle Regioni e delle autonomie territoriali in genere⁹³. Dobbiamo, tuttavia, avere chiaro che in tal modo si potrà, forse, centrare l'obiettivo di un migliore appagamento del pubblico interesse ma che è pur sempre incombente il rischio della moltiplicazione del male, esattamente come il virus da Covid-19

⁹² ... ma anche in sedi diverse, quale la Conferenza Stato-Regioni, della quale – come si sa – si è ripetutamente proposto l'esplicito richiamo nella Costituzione allo scopo opportunamente novellata [v., ora, il progetto di legge A.S. 1825 e, in dottrina, tra gli altri, M. ESPOSITO, *Supremazia statale e autonomia differenziata: l'equilibrio possibile*, 18 giugno 2020; F. BILANCIA, 23 giugno 2020, senza titolo; M. VILLONE, *Della introduzione di una supremacy clause nell'art. 117 della Costituzione*, tutti in *Astrid* D. DE LUNGO, *Costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e clausola di supremazia: alcuni temi e problemi del (non?) nuovo progetto di riforma costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2020, 829 ss.; inoltre, il dossier predisposto dall'Ufficio studi del Senato, dal titolo *Costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze e introduzione della clausola di supremazia statale*, a cura di L. Fucito e M. Frati, giugno 2020, n. 259].

Da una prospettiva di più ampio respiro, sulle più salienti esperienze della cooperazione Stato-Regioni, v. R. CARIDÀ, *Leale collaborazione e sistema delle Conferenze*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2018; F. COVINO, *Leale collaborazione e funzione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, Jovene, Napoli 2018; E. GIANFRANCESCO, *Dimensione garantista e dimensione collaborativa nel disegno costituzionale dei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Rivista AIC*, 3/2019, 10 luglio 2019, 193 ss.; B. GUASTAFERRO, *Autonomia sovranità rappresentanza. L'evoluzione della forma di Stato in Italia e Regno Unito*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020, spec. 107 ss.; A. PAIANO, *Forme di raccordo fra Stato e autonomie territoriali: il principio di leale collaborazione e il sistema delle Conferenze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, 227 ss.

⁹³ Copiosa – come si sa – la letteratura a riguardo della presenza in Parlamento di esponenti delle autonomie territoriali [riferimenti, di recente, in D.E. TOSI, *La rappresentanza territoriale nel sistema parlamentare italiano dal disegno del Costituente al presente processo di riforma: quali prospettive dopo il referendum?*, in *Federalismi.it*, 26/2020, 23 settembre 2020, 166 ss.].

che si riproduce senza sosta, causando in tutto il mondo non poca inquietudine e sofferenza⁹⁴. Senza risposta, infatti, rimane l'interrogativo seguente: chi mai può garantire che i rappresentanti delle Regioni (e di altri enti territoriali), una volta che avranno trovato posto in Parlamento, non esibiranno il *deficit* di rappresentatività che è ad oggi in quest'ultimo vistoso? Tanto più poi – può aggiungersi – se si considerano le forti remore e resistenze manifestate dall'apparato centrale dei partiti a riconoscere margini consistenti, apprezzabili, all'autodeterminazione delle loro ramificazioni periferiche, nella qual cosa – com'è da tempo segnalato dalla più avvertita dottrina⁹⁵ – è da rinvenire la causa prima dello svilimento dell'autonomia politica delle autonomie territoriali (a partire dalle Regioni). E, tuttavia, il fatto stesso di portare queste ultime al centro, incardinandole nella struttura dell'apparato centrale dello Stato (e, segnatamente, nella seconda Camera), offre una garanzia di primario rilievo per un efficace coordinamento delle attività di direzione politica svolte in sede centrale come pure in periferia. Tanto più avvertito questo bisogno, poi, in presenza di emergenze di singolare gravità, quale quella sanitaria in atto, laddove si è toccato con mano quanto fosse evidente lo scollamento degli indirizzi⁹⁶.

Forse, una cruda e disincantata osservazione della realtà che ci circonda, obbliga a riconoscere che il declino della rappresentanza, in sede centrale così come in ambito locale, è inarrestabile, al pari di un male inguaribile che, diffondendosi in un organismo vivente, porta prima o poi allo spegnimento della vita, un male i cui effetti possono essere solo (fin dove possibile...) arginati o ritardati ma, appunto, non rimossi, sradicati una volta per tutte.

Come insegna la teoria dei vasi comunicanti, un liquido che trapassa da un contenitore all'altro rimane sempre lo stesso nella sua complessiva consistenza. Nel caso nostro, l'affievolimento e il graduale spegnimento del "diritto politico" porta naturalmente ad un graduale accrescimento del "diritto giurisprudenziale": le due forme di "diritto" (in senso oggettivo-normativo) ad oggi caratterizzanti l'esperienza giuridica, ad ogni piano o livello in cui prende forma e si rende manifesta.

Si rende, dunque, necessario mettere in campo risorse efficaci a presidio della certezza del diritto che, secondo un insegnamento risalente ad Aristotele ed ininterrottamente trasmesso fino ai giorni nostri, si accompagna alla (e si tiene dalla) produzione di norme generali ed astratte⁹⁷.

In realtà, come si è tentato di mostrare altrove, la certezza del diritto, in un ordinamento di tradizioni liberali, ha teorico e pratico senso unicamente in quanto si converta e risolva in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro tutela. Una tutela che – come si diceva poc'anzi – richiede lo sforzo congiunto di giudici e legislatore, non solo degli uni in innaturale "supplenza" dell'altro né però di quest'ultimo che reputi di poter fare a meno del sussidio di quelli. A loro volta, i giudici – come pure si è fatto notare – sono sollecitati dai casi maggiormente spinosi

⁹⁴ Riferimenti e indicazioni in merito al rapporto tra rappresentanza, sistema dei partiti e autonomie territoriali possono aversi da R. BIFULCO, *Partiti politici e autonomie territoriali*, in AA.VV., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, cit., 239 ss. e, più di recente, *amplius*, da AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, a cura di C. Buzzacchi - A. Morelli - F. Pizzolato, Giuffrè, Milano 2016; quanto poi alla rappresentanza nella dimensione regionale, v., almeno, A. BURATTI, *Rappresentanza e responsabilità politica nella forma di governo regionale*, Jovene, Napoli 2010.

⁹⁵ In tema, v., già, la densa e lungimirante riflessione di E. CONTI, *Partiti politici e autonomie regionali*, in *Dem. e dir.*, 1967, 147 ss.; particolarmente istruttivi, poi, gli esiti dello studio svolto da AA.VV., *Autonomia politica regionale e sistema dei partiti*, I, Giuffrè, Milano 1988, ed *ivi*, part., T. MARTINES, *L' "intreccio delle politiche" tra partiti e Regioni: alla ricerca dell'autonomia regionale*, 1 ss., ora anche in ID., *Opere*, cit., III, 919 ss., sul cui pensiero, v. L. D'ANDREA, *Autonomie territoriali e sistema dei partiti nel pensiero di Temistocle Martines*, in *Diritti Regionali*, 3/2016, 20 agosto 2016, 680 ss. Fa ora il punto sulla spinosa questione A.G. LANZAFAME, *L'organizzazione territoriale dei partiti: prassi, regole e dover essere costituzionale*, cit., 387 ss.

⁹⁶ Francamente avvilente – come si è già accennato – lo spettacolo cui si è dovuto assistere, e si seguita ad assistere, nella gestione della pandemia, segnata da decreti del Presidente del Consiglio e da ordinanze dei Presidenti di Regione e dei Sindaci non di rado in reciproco, sostanziale contrasto, con grave disorientamento per una comunità fortemente provata dal dilagare incontenibile del virus.

⁹⁷ Sulla certezza del diritto, riferimenti da ultimo nel mio *Le clausole generali in diritto costituzionale: risorsa o problema?*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2020, 3 dicembre 2020, 512 ss., spec. 534 ss. *Adde*: F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss.

ed impegnativi a collaborare paritariamente tra di loro, ancora una volta solo grazie alla “leale cooperazione” di tutti essendo possibile centrare l’obiettivo dell’ottimale appagamento dei diritti e, in genere, dei beni della vita evocati in campo dai casi, per le complessive e specifiche esigenze di ciascuno di essi.

Soccorre al riguardo il c.d. “dialogo” tra le Corti (termine immaginifico, efficace come lo sono in genere le metafore⁹⁸, e nondimeno bisognoso di essere ancora come si conviene spiegato), grazie al quale si ha modo di assicurare la stabilizzazione e, allo stesso tempo, il rinnovamento degli orientamenti giurisprudenziali. Il “dialogo”, infatti, è una risorsa preziosa, imperdibile, di cui ad oggi si dispone al fine di fugare, per quanto possibile, il rischio che una sola Corte che reputi di poter somministrare in sovrana solitudine le proprie verità di diritto costituzionale si commuti – si è detto in altri luoghi – in un potere costituente permanente.

E, invero, il fatto stesso che, in relazione ad una vicenda processuale data, le Corti si trovino obbligate a confrontarsi a vicenda, nella ricerca non di rado sofferta della più persuasiva ed appagante risposta alla domanda di giustizia emergente dal caso, spiana già solo per ciò la via in vista del raggiungimento della meta della ottimale soluzione del caso stesso, in ragione dei suoi complessivi connotati. Insomma, è il controllo reciproco che, al piano culturale, le Corti si fanno per il tramite del “dialogo” in parola che allontana, se non pure scongiura del tutto, il rischio di una produzione autocratica del diritto.

Certo, tutto ciò non risolve la micidiale questione qui trattata del recupero della rappresentanza politica, perlomeno in una misura complessivamente apprezzabile, una questione che dunque – come si è veduto – resta ad oggi in attesa di essere in qualche modo risolta, proprio perché non sciolti rimangono i nodi che legano i partiti al loro interno e ne frenano o, come che sia, variamente condizionano il movimento⁹⁹. Può, però, costituire un rimedio, pur nei limiti ai quali va incontro la giurisdizione in ciascuna delle sue espressioni ed in tutte assieme, alle strutturali carenze del “diritto politico” e delle sedi istituzionali preposte alla sua produzione, al fine di dare un qualche ristoro ai diritti, appagando la sete di giustizia da essi costantemente ed in misura crescente avvertita, e con esso ad una Costituzione che attende ancora oggi, ad oltre settant’anni dalla sua nascita, di potersi rispecchiare fedelmente nell’esperienza, quanto meno di riconoscersi in essa in alcuni dei suoi tratti maggiormente marcati ed espressivi.

⁹⁸ Ne mettono in rilievo le enormi potenzialità A. MORELLI - O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in [Rivista AIC](#), 1/2018, 19 marzo 2018.

⁹⁹ I partiti, infatti, come si è, ancora di recente, opportunamente rilevato costituiscono, a un tempo, una “risorsa” ma sono anche un “problema” per la democrazia [O. MASSARI, *Partiti e parlamenti negli ordinamenti di democrazia pluralista*, in [Nomos](#), 3/2017, 7; nella stessa *Rivista*, v., inoltre, utilmente, G. VECCHIO, *Crisi dei partiti e crisi del pluralismo*, 1 ss.].

Liboria Linda Ardizzone

**Quando la Costituzione italiana deve misurarsi con il diritto dell'Unione europea
(a margine di [Corte di cassazione, sezz. un. civ. ord. n. 19598 del 18/09/2020](#))***

ABSTRACT: *The contribution analyses the interim [order n. 19598 of 18/09/2020, with which the United Sections of the Court of Cassation made a preliminary referral pursuant to the art. 267 TFUE to the C.G.U.E. At first, are reconstructed the origins of the case, is carried out a survey of the institution of the preliminary referral and highlighted the major points of the of \[the Constitutional Court decision n. 6 of 2018\]\(#\), regarding the concept of reasons of jurisdiction. Subsequently, are traced some precedents of the Court of Cassation on the refusal of jurisdiction and described the three questions referred for a preliminary ruling. Finally, after referring to the concept of dialogue between the Courts, some final considerations are resigned also in the light of what could happen to the outcome of the preliminary referral.](#)*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le origini della vicenda. – 3. Brevi cenni sull'istituto del rinvio pregiudiziale. – 4. La [sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018](#). – 5. I precedenti. – 6. Il primo motivo di rimessione alla CGUE. – 7. La seconda questione pregiudiziale. – 8. La terza questione pregiudiziale. – 9. Breve rinvio al concetto di “dialogo tra Corti e possibili risvolti all'esito della rimessione alla C.G.U.E. – 10. Considerazioni finali.

1. Premessa.

Con l'[ordinanza interlocutoria del 18 settembre 2020 n. 19598](#), le Sezioni Unite della Cassazione hanno effettuato un rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE alla Corte di giustizia dell'Unione europea su tre specifiche questioni tra loro interdipendenti, tra cui appare di particolare rilevanza quella afferente al difetto di giurisdizione del giudice nazionale in materia di appalti pubblici (particolarmente influenzata dal diritto comunitario). In sintesi, l'ordinanza in esame si poneva in netto contrasto con la [sentenza n. 6 del 2018 della Consulta](#), con la conseguenza di rimettere al vaglio dei Giudici di Lussemburgo quanto statuito dalla Corte costituzionale.

2. Le origini della vicenda.

L'ordinanza interlocutoria in esame trae origine dall'indizione di una procedura di gara per mano della Pubblica amministrazione, nello specifico l'Azienda Usi Valle d'Aosta, intenzionata ad affidare un contratto per la somministrazione temporanea di personale, seguendo il criterio del minor prezzo e dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La gara d'appalto indetta dalla Pubblica amministrazione contava otto partecipanti e indicava una specifica soglia di sbarramento, il cui mancato superamento giustificava la concorrente esclusa a proporre ricorso al T.A.R. Valle d'Aosta, lamentando la illegittimità della propria esclusione (basata su una determinazione inadeguata dei criteri di scelta), la irragionevolezza dei punti tecnici che le erano stati riconosciuti, nonché la nomina illegittima della commissione di gara. Pur tacendo sulla mancanza di legittimazione a proporre ricorso in capo alla impresa ricorrente, il Tribunale amministrativo regionale rigettava nel merito il ricorso. L'impresa, infatti, – in qualità di esclusa dalla procedura di gara – era titolare di un mero interesse strumentale e non di una vera e propria posizione giuridica differenziata, necessaria quest'ultima per l'esistenza di una legittimazione a proporre ricorso e per tal motivo meritevole di tutela.

* Contributo sottoposto a referaggio.

In specie, giurisprudenza ormai consolidatasi¹, chiariva che in caso di gare con più di due concorrenti, l'impresa esclusa dalla procedura fosse priva della legittimazione a ricorrere poiché l'esclusione stessa comportava la titolarità di un interesse di mero fatto (come per un qualsiasi operatore economico estraneo alla procedura di gara), preso atto che a seguito della esclusione non si potesse comunque pretendere lo scorrimento della graduatoria per essere selezionata come aggiudicataria del contratto di appalto.

Quanto appena esposto vale soltanto per le procedure di gara con più di due concorrenti (come nel caso di specie) e non anche quando le imprese sono soltanto due: in questo ultimo caso, infatti, l'esclusa può a pieno titolo ricorrere al T.A.R. poiché, se dovesse dimostrarsi la illegittimità della aggiudicazione, la gara andrebbe deserta con una conseguente nuova indizione da parte della Pubblica amministrazione, volta a soddisfare l'interesse della ricorrente che potrebbe essere in ipotesi scelta come aggiudicataria, seppur in altra gara.

Successivamente al rigetto, l'impresa esclusa proponeva appello innanzi al Consiglio di Stato a cui seguiva l'appello incidentale della aggiudicataria, con cui la stessa lamentava il mancato rilievo da parte del T.A.R. dell'assenza di legittimazione a proporre ricorso – essendo stata la ricorrente esclusa dalla gara – pur a fronte del rigetto per motivi attinenti al merito.

Il Consiglio di Stato accoglieva l'appello incidentale proposto dalla vincitrice, chiarendo nella propria decisione la non legittimazione da parte della ricorrente a proporre ricorso per ottenere il travolgimento della gara, essendo portatrice – si ribadisce – di un interesse di mero fatto analogo a quello di un qualsiasi operatore economico appartenente al medesimo settore e che non ha partecipato alla gara.

In risposta alla decisione del giudice d'Appello, l'esclusa proponeva ricorso per Cassazione lamentando la violazione di alcune norme e, tra queste, l'art. 362, comma 1, c.p.c., nonché l'art. 110 c.p.a. per averle il Consiglio di Stato negato la possibilità di ricorrere al fine di ottenere il travolgimento della gara.

Nel dettaglio, la sentenza di secondo grado avrebbe violato il principio della effettività della tutela, ex art. 1, par. 1, comma 3, Direttiva n. 665 del 1989, cagionando un diniego di accesso alla tutela stessa censurabile dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per motivi di giurisdizione, ex art. 111, comma 8 Cost.

Gli Ermellini si rimettevano infine alla Corte di giustizia dell'Unione europea con tre questioni pregiudiziali che saranno singolarmente esaminate nei successivi paragrafi.

3. Brevi cenni sull'istituto del rinvio pregiudiziale.

Considerato il rilievo assunto dall'istituto del rinvio pregiudiziale rivolto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea nella vicenda in esame, pare doveroso delinearne i tratti salienti, anche per il tramite degli articoli 19, paragrafo 3, lettera b), del TFUE e 267 del medesimo trattato. Tale istituto rappresenta la procedura che consente ad una giurisdizione nazionale di interrogare la Corte di giustizia dell'Unione Europea sull'interpretazione o sulla validità del diritto europeo nell'ambito di un contenzioso in cui tale giurisdizione venga coinvolta².

A differenza delle altre procedure giurisdizionali, il rinvio pregiudiziale non è un ricorso contro un atto europeo o nazionale, bensì un quesito sull'applicazione del diritto europeo; esso, certamente, rappresenta lo strumento più idoneo a favorire la cooperazione attiva tra giurisdizioni nazionali e

¹ Cfr. *ex multis*, Adunanza plenaria del Cons. Stato, sent. n. 4 del 7 aprile 2011 e sent. n. 9 del 25 febbraio 2014.

² Un utilissimo *vademecum* in merito è rinvenibile all'interno delle *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale 380/01 dell'8/1/2019*, sul punto cfr. anche C. IANNONE, F. FERRARO, *Il rinvio pregiudiziale*, Giappichelli, 2020; e ancora S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Franco Angeli, 2018; A. L. VALVO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Amon, 2017.

Corte ed altresì a garantire l'applicazione uniforme del diritto europeo in tutti i paesi dell'Unione europea.

Esistono due tipi di rinvio pregiudiziale: il rinvio per l'interpretazione della norma europea (diritto primario e diritto secondario), in cui il giudice nazionale chiede alla Corte di giustizia di formulare un parere sull'interpretazione del diritto europeo per poter applicare la norma correttamente; il rinvio per l'esame di validità di una norma europea di diritto secondario, consistente nella richiesta del giudice nazionale alla Corte di giustizia al fine di verificare la validità di un atto di diritto europeo.

Il rinvio pregiudiziale costituisce indi un rinvio da giudice a giudice: pur rimanendo salva la possibilità che una delle parti della controversia fornisca l'*input* necessario, spetta comunque alla giurisdizione nazionale l'ultima parola sulla decisione di rimettersi o meno alla Corte di giustizia³. La C.G.U.E. si pronuncia dunque unicamente sugli elementi costitutivi del rinvio pregiudiziale dei quali viene investita, pertanto è la giurisdizione nazionale a dominare la controversia principale.

Considerato che il giudice nazionale investito di una controversia è chiamato ad assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, spetta a tale giudice — e a lui solo — valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emanare la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte⁴.

4. [La sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018.](#)

Prima di analizzare le singole questioni pregiudiziali, risulta necessario rammentare i passaggi fondamentali della nota [sentenza n. 6 del 2018 della Consulta](#), preso atto che il primo dei tre quesiti posti alla CGUE ribalta quanto statuito dalla Corte costituzionale nella summenzionata pronuncia.

Tale decisione nasceva a seguito di un orientamento consolidatosi nelle pronunce degli Ermellini, volto ad attribuire ampia portata precettiva ed estensione applicativa al concetto di “diniego di giurisdizione”⁵, così incidendo estensivamente anche sulle possibilità di ricorrere alla Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione in merito a pronunce del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111, comma 8, della Costituzione.

Segnatamente, oltre alla classica definizione di diniego di giurisdizione, che si verifica quando un giudice si rifiuta di esercitare la sua giurisdizione su una materia di sua competenza, tale vizio

³ «Tra le competenze attribuite alla Corte di giustizia dell'Unione europea, quella inerente al potere di rendere pronunce in via pregiudiziale ha rivestito particolare importanza per lo sviluppo e l'applicazione del diritto dell'Unione europea (UE) e del più ampio progredire del processo di integrazione europea. Si tratta di una competenza disciplinata, come è noto, dall'articolo 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che conferisce alla Corte di Lussemburgo il potere di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sia sull'interpretazione dei Trattati e degli atti adottati dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione europea, sia sulla validità di suddetti atti. Al suo secondo paragrafo, l'art. 267 del TFUE stabilisce che una giurisdizione nazionale può sottoporre alla Corte di giustizia delle questioni pregiudiziali qualora reputi necessaria, per emanare la sua sentenza, una decisione sul punto; diversamente, ai sensi del terzo paragrafo dello stesso articolo, in capo alle giurisdizioni di ultima istanza si configura un vero e proprio obbligo di deferire la questione pregiudiziale al giudice di Lussemburgo. Attraverso la previsione di siffatto potere - obbligo di rinvio pregiudiziale- le giurisdizioni nazionali di ultima istanza vengono a rivestire ruolo centrale nel meccanismo di “cooperazione giudiziaria” che si instaura tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali, rappresentato dal rinvio pregiudiziale, attraverso cui si realizza la corretta applicazione, l'interpretazione uniforme, nonché, in senso lato, il primato del diritto dell'Unione europea. Pur essendo un istituto “classico” del diritto dell'Unione europea, il rinvio pregiudiziale, quale strumento di raccordo tra l'ordinamento dell'Unione europea e quelli degli Stati membri, reca con sé problematiche sempre attuali. Così R. PALADINO, *Portata dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, rapporti tra giurisdizioni ed effettività del diritto dell'Unione europea tra vecchie e nuove questioni*, in [Federalismi.it](#) n. 14 del 2017, 2 s.

⁴ In merito, G. ZAMPETTI, *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3 TFUE e conseguenze della sua mancata osservanza (riflessioni a partire da cons. Stato, sez IV, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust. C-136/12 del 18 luglio 2013)*, in [Rivista AIC](#), gennaio 2014.

⁵ Cfr. *ex multis*, Cass. S.U., sent. 23/12/2008, n. 30254

verrebbe integrato, ad avviso della Suprema Corte., anche quando il giudice, pur esercitando di fatto la sua giurisdizione, la eserciti male, definendo *in limite litis* una questione sottoposta al suo vaglio senza esaminarla nel merito. Così operando, ad avviso delle S.U., il giudice darebbe luogo ad un fenomeno di denegata giustizia in quanto, pur riconoscendo la sussistenza della sua giurisdizione sulla materia sottoposta al suo vaglio, la eserciterebbe così male – fermandosi al rilievo di un mero vizio procedurale, senza esaminare il merito della vertenza – da rendere la posizione fatta valere in giudizio del tutto priva della doverosa tutela giurisdizionale⁶.

Tale orientamento ha avuto l'effetto di porsi in contrasto con quello precedentemente sostenuto in modo unanime dalla giurisprudenza secondo cui, in un caso di tal fatta, si assisterebbe non ad un'ipotesi di denegata giustizia – in quanto, di fatto, il giudice esercita la sua giurisdizione – ma alla commissione di un *error in procedendo*, quindi ad una mera violazione di regole processuali e procedurali, non integrante un vizio inerente ai motivi di giurisdizione e pertanto non cassabile ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost.⁷

Con l'intervento della Corte costituzionale per il tramite della [sentenza n. 6 del 2018](#) (oggetto della decisione era un contrasto tra il diritto nazionale e la CEDU), si intravedeva un barlume di chiarezza nella diatriba giurisprudenziale che negli anni si era creata sulla definizione del concetto di giurisdizione. Nel considerato in diritto della sentenza, la Consulta forniva una interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di “motivi di giurisdizione” – richiamando quanto statuito nell'art. 111, comma 8, Cost. – chiarendo la declinazione della circostanza in sole due ramificazioni: talora, in caso di “difetto assoluto di giurisdizione”, ovverosia quando il giudice si pronuncia su una materia estranea alla propria giurisdizione sconfinando nella giurisdizione altrui; talaltra, quando si assiste ad un episodio di “denegata giustizia”, cioè quando il giudice ometta di pronunciarsi sulla materia appartenente alla propria giurisdizione, configurandosi così il fenomeno dell’“arretramento”. Così ragionando, continuava la Consulta stabilendo che né la ipotesi di *error in procedendo*, né quella di *error in iudicando* rientrassero nella fattispecie di denegata giustizia, preso atto che il giudice compirebbe in questo caso un mero errore nell'esercizio della propria giurisdizione. In base a tale argomentazione, la commissione di un *error in procedendo* o *in iudicando* da parte del Consiglio di Stato in una propria pronuncia non appartenevano al novero dei presupposti per ricorrere alla Cassazione ex art. 111, comma 8, Cost. Sarebbe stato infatti a dir poco arbitrario argomentare che, ad esempio, un errore procedurale potesse – in un caso di particolare gravità – vestire i panni di denegata giustizia invadendo impropriamente la sfera della giurisdizione: se così non fosse stato, si sarebbe arrivati ad accludere nell'alveo del vizio di giurisdizione anche il vizio di violazione di legge che sempre ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. non è presupposto per adire la Suprema Corte.

4. I precedenti.

Una volta delineati il fatto storico e l'iter processuale che ha condotto la Suprema Corte a rivolgersi alla C.G.U.E., nonché l'istituto del rinvio pregiudiziale e la [pronuncia n. 6 del 2018 della Consulta](#), chi scrive individuerà i passaggi più significativi dell'evoluzione del concetto di rifiuto di giurisdizione, per il tramite di alcune note sentenze della Corte di Cassazione.

In particolare, le pronunce gemelle del 13 giugno del 2006 (ordd. 13559, 13660 e 13911), stigmatizzavano come “rifiuto di giurisdizione”⁸ l'orientamento dei giudici amministrativi che, prima del c.p.a., subordinavano l'ammissibilità dell'azione risarcitoria alla c.d. pregiudiziale di

⁶ UFFICIO STUDI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA, *La Corte costituzionale chiarisce il concetto di “motivi inerenti alla giurisdizione” di cui all'art. 111, comma 8, Cost., quale presupposto per la sindacabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in [Giustizia Amministrativa](#).

⁷ Cfr. F. DEODATO, *Nota a Corte Costituzionale sentenza 24 gennaio 2018, n.6 e Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili 29 dicembre 2017*, in [Il diritto amministrativo](#) 6-10.

⁸ Sul punto anche S. NICITA, *Limiti esterni della giurisdizione, denegata giustizia, effettività della tutela giurisdizionale*, in [Legal Euroconference](#), 3 luglio 2018.

annullamento; due anni e mezzo dopo, a fronte della insistenza del giudice amministrativo (anche in sede di Adunanza plenaria) sulla pregiudiziale, la sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008, confermava la riconducibilità di tale “diniego di tutela” a un problema di “giurisdizione”, sul quale si riconosceva, in virtù dell’art. 111, comma 8, Cost., il potere/dovere di intervenire.

Riproponendo una puntuale esegesi del concetto di giurisdizione in Costituzione, gli Ermellini puntualizzavano – tramite una lettura degli artt. 24, comma 1, 113, commi 1 e 2, e 111, comma 1 – la portata del suddetto termine per quanto interessava ai fini della questione sottoposta alla Suprema Corte⁹.

Giurisdizione doveva essere inteso dunque nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi comprendendo le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento, con la conseguenza che se la interpretazione della norma attiene alla giurisdizione da essa attribuita, la norma riguarda anche la descrizione da un lato delle forme di tutela e dall'altro i presupposti del loro esercizio.

Il sindacato della Corte sul “rifiuto” dei giudici amministrativi di pronunciarsi sulle azioni risarcitorie non precedute dall’annullamento dell’atto illegittimo (o dalla declaratoria di illegittimità del silenzio) era ritenuto, in questo quadro, ammissibile in quanto dipendente da un'interpretazione della norma conferente il potere di condanna al risarcimento del danno, che conduce ad una giurisdizione da cui resta esclusa una possibile forma, con la conseguente menomazione della tutela giurisdizionale spettante al cittadino di fronte all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa ed in una perdita di quella effettività, che ne ha giustificato l'attribuzione al giudice amministrativo.

Al punto 11.1 del *considerato in diritto*, la sentenza precisava che «rientra d'altra parte nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, per verificare se il giudice amministrativo non rifiuti lo stesso esercizio della giurisdizione, quando assume della norma un'interpretazione che gli impedisce di erogare la tutela per come essa è strutturata, cioè come tutela risarcitoria autonoma», in quanto «è pacifico che possibile oggetto di sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione sia anche la decisione che neghi la giurisdizione del giudice adito».

In estrema sintesi, il complesso iter logico della pronuncia chiariva come – in nome del legame tra “giurisdizione” e “tutela giurisdizionale effettiva” – si provasse a divincolare il rifiuto di tutela dalla problematica del labile confine tra interpretazione e creazione¹⁰.

Tale consapevolezza si avverte ancor di più nella chiosa finale della sentenza in cui si affermava che «proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall’esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento».

Nonostante l’atteggiamento prudenziale delle Sezioni Unite, le Stesse puntualizzavano che «pur così ampliato il campo del suo impiego, la regola dei limiti esterni è in grado di servire allo scopo di espungere dall'area dei motivi attinenti alla giurisdizione ogni segmento del giudizio che si rivela estraneo alla ricognizione della portata della norma che attribuisce giurisdizione, ricognizione che

⁹ A. PALMERI, *Sezioni Unite civili: sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254; Pres. Carbone, Est. Vittoria, P.M. Nardi (concl. Diffi.)*; Gatti (Avv. Di Matteo, Pellegrino) c. Provincia di Mantova (Avv. Colombo Sperati). Conferma Cons. Stato, ad plen., 22 dicembre 2007, n. 12, ed enuncia il principio di diritto d'ufficio, in *Il Foro it.*, Vol. 132, n. 3, marzo 2009, 731-732. Sul concetto di giurisdizione, si veda anche il contributo di R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale ed alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 4, nonché M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *rivistaaic.it*, 4/2014, ed anche A. RUGGERI, *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 30 settembre 2016.

¹⁰ M. PUGLIESE, *La pregiudiziale amministrativa, una storia quasi finita. Analisi di un contrasto in via d'estinzione Nota a Corte di Cassazione - Sezioni Unite Civili, Ordinanza 23 dicembre 2008 n.30254, 21 Gennaio 2009*, in *Filodiritto*.

costituisce invece l'oggetto su cui al giudizio del giudice amministrativo si può sovrapporre, modificandolo, quello della Corte di cassazione a sezioni unite».

In altri termini, pare potersi affermare che gli Ermellini avessero intenzione di evitare che la sottile linea di demarcazione tra “interpretazione” e “creazione” potesse costituire un ostacolo al sindacato sul “rifiuto di tutela giurisdizionale” di posizioni giuridicamente protette, nella qualità di interesse legittimo o diritto soggettivo (nella specie della tutela risarcitoria, azione autonoma “senza pregiudiziali”).

L’atteggiamento di estrema cautela con cui la Suprema Corte affrontava il tema del rapporto tra eccesso/rifiuto di giurisdizione e mera violazione di legge trovava conferma nel fatto che non si rinvenivano pronunce che – in nome dell’art. 111, comma 8, Cost. – abbiano riconosciuto in concreto l’eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del Legislatore non traduentisi in un siffatto “rifiuto”.

Se è vero infatti che si ammetteva in termini generali che la Corte di Cassazione, in quanto deputata dalla Costituzione a giudice supremo dei confini della giurisdizione, avesse il potere/dovere di sindacare e cassare anche le sentenze dei giudici amministrativi di ultima istanza nell’ipotesi in cui, esorbitando dall’ambito tipico della *potestas iudicandi*, avessero coniato una “propria” *regula iuris*, sostanziale o processuale, le Sezioni Unite hanno, fino a oggi (e già prima della sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale), costantemente e puntualmente dichiarato inammissibili i ricorsi proposti per tale motivo e cassato, peraltro assai raramente e sempre con rinvio al Giudice che le aveva emesse, soltanto le pronunce che, senza il chiaro supporto di fonti normative primarie (nel caso della pregiudiziale di annullamento e della definizione anticipata dell’appello alla Corte dei conti) o in contrasto con il diritto UE (negli altri - comunque soltanto due - casi), avessero escluso, in modo, aprioristico e astratto, l’accesso alla tutela giurisdizionale di situazioni giuridicamente protette (che, proprio per tale “protezione”, tanto che abbiano la consistenza di un diritto soggettivo, quanto che abbiano quella di un interesse legittimo, non possono essere private, in via, appunto “presupposta” e “aprioristica”, di tale tutela; sicché il giudice competente a conoscere delle relative istanze non può, in via autonoma, perimetrarne l’ammissibilità in senso arbitrariamente riduttivo rispetto a quanto stabilito dalle fonti regolatrici dell’accesso alla giurisdizione).

Le stesse Sezioni Unite, rilevavano inoltre il ruolo marginale dell’ipotesi generale dell’eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al Legislatore, osservando che tale ipotesi, presupponendo che il giudice applichi una norma da lui creata in luogo della norma esistente e che quindi eserciti un’attività di produzione normativa in luogo di un’attività meramente euristica, non poteva che avere rilevanza meramente teorica (cfr. le sentenze 26 marzo 2012 n. 4769 e 28 febbraio 2019 n. 60592). È significativo che anche la sentenza 30 luglio 2018 n. 20169, che menzionava una serie di precedenti a sostegno dell’ammissibilità di tali ricorsi, indicava in realtà sentenze che, nelle specifiche fattispecie, li avevano dichiarati inammissibili, qualificando il vizio denunciato come mero errore interpretativo.

La tradizionale e consolidata “ritrosia” della Corte di cassazione a sindacare l’eccesso di potere giurisdizionale “puro” nei confronti del Legislatore emergeva con evidenza anche dalla sentenza 30 ottobre 2019 n. 27842¹¹, che, a fronte di un’ipotesi inconfutabile di “creazione” di un “principio di diritto” ignoto all’ordinamento (la normativa transitoria introdotta dall’Adunanza Plenaria n. 13 del 2017, a vantaggio dell’amministrazione, in materia di autorizzazioni paesaggistiche), ha sostanzialmente evitato di entrare nel merito della questione e di esprimere in qualche modo un’opinione sul punto, sia pure con un mero *obiter dictum*, trincerandosi dietro l’argomento che il potere conferitole dall’art. 111, comma 8, Cost. opera solo rispetto alle pronunce che, “definendo il

¹¹«La Corte di Cassazione Civile, intervenuta sulla materia, ha stabilito che il sindacato dei giudici di legittimità sulle decisioni del Consiglio di Stato, previsto dal nostro ordinamento, ai sensi dell’art. 11, ultimo comma, della Costituzione o dell’art. 362 c.p.c., è ammesso nel caso in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato i c.d. limiti esterni della propria giurisdizione oppure l’ambito della giurisdizione in generale». Così, L. FACONDINI, *Inammissibilità del ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione avverso la sentenza resa dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nell’esercizio della propria funzione nomofilattica*, in Diritto.it, 29 dicembre 2019.

giudizio di appello mediante accoglimento o rigetto dell'impugnazione e dettando la regola del caso concreto, siano per questo in concreto suscettibili di arrecare un *vulnus* all'integrità delle attribuzioni di altri" (e, dunque, non si estenderebbe alle – mere – *regulae iuriscreate*, in astratto, dall'Adunanza Plenaria!).

Senonché, per tenere saldamente fermo questo limite, salvando al tempo stesso il sindacato sul c.d. diniego di giurisdizione, le SS UU, invece di considerarlo, una *species* aggravata dell'eccesso di potere giurisdizionale, che, per la sua particolare gravità, rende meno fragile il confine tra interpretazione e creazione e osta a una lettura estensiva della funzione interpretativa, lo hanno progressivamente ricondotto proprio a tale ultima funzione, coniando l'ibrida figura del "radicale stravolgimento" delle norme di rito, mediante una "interpretazione" manifestamente "abnorme" delle medesime.

Dalla superiore disamina emerge dunque che il *discrimen* utilizzato dalla Cassazione per delineare il confine tra violazione di legge insindacabile e motivo di giurisdizione sindacabile è il "diniego di giurisdizione".

Del resto, la stessa sentenza n. 956 del 17 gennaio 2017 aveva precisato che in casi di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato il controllo del limite esterno della giurisdizione «non include anche una funzione di verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea (sezioni unite, n. 14043, n. 14042 e n. 10501 del 2016) e *l'error in iudicando* non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale sol perché venga denunciata la violazione di norme funzionali quali chiarite dalla Corte di giustizia (*ex multis*, Sezioni Unite, n. 3915 del 2016; n. 2403 del 2014; n. 16886 del 2013)» (Cfr. Cass. n. 956 del 17 gennaio 2017)

E, ancora più precisamente, la stessa Cassazione (al pt. 2.4 del considerato in diritto), ha definitivamente chiarito che, che i «casi estremi» in cui un *error in iudicando* del Consiglio di Stato per contrarietà ad una pronuncia della Corte di giustizia, ove idoneo a realizzare un «radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia» (e in tal senso si vedano SS UU, nn. 11380 del 2016, 2242 del 2015 e 15428 del 2012), «si risolve eccezionalmente in un eccesso giurisdizionale tale da consentire il ricorso per Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione [che] vanno necessariamente identificati [soltanto] in fattispecie in cui la decisione del Consiglio di Stato contraria alla giurisprudenza unionale preclude, rendendola non effettiva, la difesa giudiziale con conseguente ingiustificato (anche dal punto di vista costituzionale) vuoto di tutela giurisdizionale per l'indicato "indebito rifiuto di erogare" tale tutela "a cagione di una malintesa autolimitazione", in via generale, dei poteri del giudice speciale».

5. Il primo motivo di rimessione alla C.G.U.E.

Il primo motivo pregiudiziale di rimessione della Cassazione alla CGUE ribaltava quanto cristallizzato dalla Consulta nella storica sentenza n. 6 del 2018: ritenevano gli Ermellini che, seguendo l'insegnamento del Giudice delle leggi, la Cassazione non avrebbe più potuto sindacare una pronuncia del Consiglio di Stato espressasi in violazione del diritto comunitario.

Ebbene, avendo il Consiglio di Stato escluso per l'impresa non vincitrice la legittimazione a ricorrere per carenza di interesse, avrebbe applicato la c.d. regola dei ricorsi reciprocamente escludenti, determinando indi una violazione del principio di effettività della tutela, esprimendosi dunque in contrasto con il diritto euro-unitario, rendendosi infine artefice del vizio della violazione di legge.

Gli Ermellini ritenevano dunque che la disciplina nazionale – impedendo alla Corte di Cassazione di pronunciarsi sulle sentenze del Consiglio di Stato nel caso di violazione di legge – si ponesse in contrasto con il diritto euro-unitario, consentendo la cristallizzazione di una pronuncia che lo viola.

In sintesi, con il primo quesito si chiedeva, dunque, se il principio del primato del diritto comunitario e quello della effettività della tutela ostino o meno ad una giurisprudenza nazionale

secondo cui il sindacato per motivi di giurisdizione *ex art.* 111, comma 8, Cost., non possa avere ad oggetto una violazione di diritto comunitario.

Nello specifico la Suprema Corte interrogava la CGUE «se gli art. 4 par. III, art. 19 par. I del TUE, art. 2, parr. I e II, e art. 267 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 art. 111, comma 8 Cost., art. 360, comma 1 e art. 362, comma 1, c.p.c., nonché art. 110 c.p.a. – nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla giurisdizione» – quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per Cassazione sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione Europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di Giustizia, tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali».

6. *La seconda questione pregiudiziale.*

La seconda questione pregiudiziale si fondava su presupposti giuridici simili a quelli della prima, riferendosi alla sindacabilità da parte della Cassazione della mancata proposizione del rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. *ex art.* 67 TFUE, da parte del Consiglio di Stato, il quale si era espresso in una materia fortemente influenzata dalla disciplina comunitaria, come quella dell'affidamento di contratti d'appalto pubblici.

Gli Ermellini ritenevano infatti che la mancata proposizione di un rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla C.G.U.E. su una materia di rilievo comunitario rilevasse non in un motivo inerente la giurisdizione ma in una vera e propria violazione di legge; a suffragio di tale impostazione si considerava che il rivolgersi o meno alla Corte di Lussemburgo per sollevare una questione pregiudiziale attenesse al merito del giudice nazionale procedente e non alla giurisdizione dallo stesso esercitata.

Il motivo di tale questione pregiudiziale era insito nel fatto che, ai sensi del più volte richiamato art. 111, comma 8, Cost., le pronunce del Consiglio di Stato (ed anche della Corte dei conti) possono essere oggetto di ricorso per Cassazione solo per motivi inerenti alla giurisdizione e non anche per vizio di violazione di legge, quale quello verificatosi nel caso *de quo*.

Ciò che gli Ermellini chiedevano alla Corte di Lussemburgo era se il principio che sancisce il primato del diritto dell'U.E. così come quello dell'effettività della tutela ostassero o meno ad una disciplina come quella nazionale che impedisce alla Corte di Cassazione di effettuare un sindacato su quelle pronunce in cui il Consiglio di Stato abbia mancato di rivolgersi preliminarmente alla C.G.U.E. in merito ad una materia di rilevanza comunitaria, anche qualora ciò consenta il consolidarsi di un giudicato produttore effetti giuridici in contrasto con il diritto comunitario¹².

¹² S. BARBARESCHI, L. ADALBERTO 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](#), 4 novembre 2020, 9-14.

Questo dunque il secondo rinvio pregiudiziale «se gli art. 4 par. III, art. 19 par. I del TUE e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, ostino alla interpretazione e applicazione degli art. 111, comma 8, Cost., art. 360, comma 1 e art. 362, comma 1, c.p.c., nonché art. 110 c.p.a., quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per «motivi inerenti alla giurisdizione», sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di Giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento dell'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare l'uniforme applicazione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione».

7. La terza questione pregiudiziale.

La terza ed ultima questione pregiudiziale evidenziava il divario tra l'orientamento consolidatosi all'interno della giurisprudenza amministrativa italiana e quello dalla CGUE radicatosi, invece, a livello comunitario, consistente quest'ultimo nel diverso riconoscimento in capo ad un soggetto della legittimazione a proporre ricorso al fine di ribaltare una gara d'appalto dalla quale risulta escluso.

Nel dettaglio, mentre il Consiglio di Stato – si ribadisce – riteneva che un soggetto escluso da una gara con più di due concorrenti fosse titolare di un interesse di mero fatto e privo quindi della posizione giuridica differenziata che lo avrebbe legittimato a proporre ricorso (essendo la sua posizione giuridica soggettiva del tutto assimilabile a quella di qualsiasi altro operatore economico che non abbia partecipato alla procedura di evidenza pubblica), la giurisprudenza della CGUE si muoveva invece in direzione diametralmente opposta.

Segnatamente, i Giudici di Lussemburgo ritenevano che un soggetto – anche se escluso da una gara a cui abbiano partecipato più di due concorrenti – dovesse comunque ritenersi titolare di una legittimazione a proporre ricorso, per impugnare l'aggiudicazione e travolgere la gara così svoltasi, al solo sussistere della mera probabilità di conseguire un vantaggio, il quale poteva consistere anche nella riedizione della gara (e non per forza nell'annullamento dell'aggiudicazione e nell'eventuale subentro nel contratto d'appalto)¹³.

I precedenti della CGUE conformi a tale orientamento sono diversi e, in tal senso, la Corte europea ribadiva come la posizione della giurisprudenza amministrativa italiana – ovverosia quella secondo cui il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario di una gara d'appalto, volto ad ottenere l'esclusione dalla gara o la mera conferma circa la legittimità dell'esclusione già avvenuta del ricorrente principale, debba essere esaminato per primo con effetto paralizzante sul ricorso principale – determinasse un'evidente lesione del principio di effettività della tutela, preso atto che il ricorrente

¹³ Cfr. sent. CGUE 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; sent. CGUE 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13 e sent. CGUE 4 luglio 2013, Fastweb. In tali pronunce il giudice di Lussemburgo statuisce definitivamente che nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, gli offerenti hanno un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri offerenti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, indipendentemente dal numero di partecipanti alla procedura e dal numero di partecipanti che hanno presentato ricorso.

principale venisse in tal modo indebitamente privato del diritto ad ottenere una valida tutela giurisdizionale e privato della possibilità di impugnare l'esito di una gara dalla quale risultava escluso (magari anche illegittimamente).

Tale principio, ad avviso della CGUE, non poteva essere accolto né nelle gare per l'affidamento di appalti pubblici con più di due partecipanti, né nelle gare con due soli partecipanti, bastava infatti la possibilità di ottenere un vantaggio dalla impugnazione per radicare l'interesse al ricorso.

A conferma di quanto appena evidenziato, si ricorda come risieda nell'insostituibile potere discrezionale demandato alla P.A. la scelta se, una volta annullata l'aggiudicazione per un vizio effettivamente riscontrato, scorrere la graduatoria (così individuando nuovi aggiudicatari), oppure decidere di indire nuovamente la gara senza alcun scorrimento della graduatoria (tale possibilità è considerata dalla stazione appaltante, ad esempio, qualora le offerte degli altri partecipanti non vengano ritenute idonee o non sufficientemente competitive rispetto a quella dell'aggiudicatario ormai revocato).

Peraltro, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ritenevano non condivisibile il principio di diritto espresso dal Consiglio di Stato in merito alle procedure di affidamento di appalti pubblici secondo cui, nell'ambito dei cosiddetti ricorsi reciprocamente escludenti, il ricorso incidentale (diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale facendo leva sulla sua esclusione dalla gara o sulla necessità che lo stesso ne fosse stato escluso fin dall'origine) debba essere esaminato prioritariamente, a discapito del ricorso principale che contesti la legittimità dell'aggiudicazione ed abbia come obiettivo il travolgimento della gara (magari sostenendo le stesse motivazioni, ossia che l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere stato escluso dalla gara d'appalto fin dalla sua indizione).

Tale principio infatti, a fronte di due ricorsi – uno principale e l'altro incidentale – reciprocamente escludenti, provocherebbe automaticamente due effetti indebiti.

Da una parte, sancirebbe automaticamente l'inammissibilità del ricorso principale, solo perché proposto da un soggetto già escluso o che avrebbe dovuto essere stato escluso dalla gara d'appalto svoltasi; in seguito favorirebbe arbitrariamente la posizione del ricorrente incidentale salvaguardando la sua aggiudicazione, senza che il giudice possa concretamente esprimersi sulla legittimità della stessa, sulla legittima partecipazione del concorrente poi reso aggiudicatario o sulla legittima esclusione del ricorrente principale dalla medesima gara.

Da tale quadro, tanto ad avviso delle S.U. della Suprema Corte, quanto in forza dell'opinione espressa dai Giudici di Lussemburgo, ne deriverebbe una profonda lesione al principio di effettività della tutela, negando il diritto al ricorso ad un soggetto sulla base di aprioristiche esclusioni e di automatismi arbitrari.

Con il terzo quesito la Corte chiede dunque «se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C100/12, in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla «soglia di sbarramento» attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente i ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (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), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata

e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare».

8. *Breve rinvio al concetto di “dialogo tra Corti” e possibili risvolti all'esito della rimessione alla C.G.U.E.*

Siamo stati testimoni di proficui dialoghi tra le Corti al fine di implementare gli strumenti di tutela delle situazioni soggettive e del rafforzamento della capacità di impatto nei sistemi politici nazionali; successivamente, si è assistito ad un periodo di definizione di tale atteggiamento dialogante, con precipuo riferimento al rapporto tra le tradizioni comuni e le singole identità nazionali: in sintesi, risultava necessario comprendere se e in che misura queste ultime potessero essere utilizzate come scudo difensivo, ovvero come arma per attaccare le tradizioni comuni particolarmente “invadenti”. Ebbene, nell'ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite alla CGUE si assiste ad un uso diverso di tale dialogo poiché si chiede alla CGUE di pronunciarsi su una disposizione della Costituzione italiana alla luce del diritto europeo primario e derivato¹⁴.

L'ampia rimessione effettuata dalle S.U. della Cassazione alla CGUE, per come sopra esaminata, abbraccia una questione giuridica di non poco conto in quanto, al fine di evitare il formarsi e consolidarsi di un giudicato anti-comunitario, è richiesta l'introduzione di una sorta di rimedio *extra ordinem*, sconosciuto al nostro ordinamento, il quale consisterebbe nel ricorso alla Cassazione per violazione di legge, in riferimento a pronunce adottate dal Consiglio di Stato. Trattasi di un rimedio privo di diritto di cittadinanza all'interno del sistema giuridico italiano proprio perché l'art. 111,

¹⁴ Quando si parla di “dialogo tra Corti” ci si riferisce ad un *modus operandi* «che ha trovato, negli ultimi anni, un larghissimo impiego nelle riflessioni dei costituzionalisti e degli studiosi del diritto dell'Unione europea in particolare. La stessa Corte costituzionale ha utilizzato tale termine per definire sia i propri rapporti con la Corte di Giustizia, nella [sent. n. 269 del 2017](#) e nella più recente [ordi. n. 117 del 2019](#), sia quelli con la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella [sent. n. 49 del 2015](#). Essa ha fatto ricorso proprio all'espressione “dialogo tra le Corti” per sottolineare l'esigenza di una cooperazione tra i diversi “attori” coinvolti nella tutela multilivello dei diritti» cit. di F. BIONDI, *Quale dialogo fra le Corti*, in [Federalismi.it](#), n. 18 del 02/10/2019, 2. E ancora A. RIDOLFI, *Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra Corti*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2016, 52-54, il quale evidenzia come talvolta il dialogo tra Corti possa mancare o risultare problematico a causa di conflitti interpretativi tra diversi giudici o perché gli stessi deliberatamente si rifiutano di comunicare tra loro. Spesso trattasi di un vero e proprio rapporto conflittuale tra Corti costituzionali e C.G.U.E.: di fronte all'affermazione del primato del diritto europeo, la Corte costituzionale ha fatto valere dapprima la teoria dei controlimiti e difesa della sovranità statale, rifiutando di compiere rinvii pregiudiziali per evitare il riconoscimento di una qualche superiorità gerarchica (si ricorda che tale posizione è ormai stata superata), accogliendo poi una prospettiva dualista nel rapporto tra i due ordinamenti in contrapposizione a quella monista. Inoltre, P. GAETA nel proprio contributo su [Giustizia Insieme](#) n. 313 del 18/09/2009, *La scala di Wittgenstein: dialoghi tra Corti, giudice comune e primauté della Corte Costituzionale*, evidenziando il ruolo preminente della Corte costituzionale afferma che «il dialogo tra le Corti ha bensì assunto oggi una diversa stabilità rispetto a quell'originario “sentimento dell'urgenza” che ne aveva caratterizzato gli albori e la prima fase, essendone oggi i contorni molto più definiti e, con essi, gli scopi e, soprattutto, le modalità. [Ritenendo altresì che] in questa evoluzione, sia stata la Corte costituzionale ad assumere un ruolo preminente – di personaggio chiave e personaggio principale assieme, si direbbe nel linguaggio della sceneggiatura cinematografica – ed in progressiva espansione: guadagnando una centralità assoluta e divenendo il *best player* del dialogo. Il ruolo insomma di chi - con grande acume istituzionale, talvolta con astuzia ordinamentale - alla fine ha stabilito, quasi sempre in autonomia, le regole su come dialogare e soprattutto su quali esiti potesse/dovesse avere tale dialogo: ribadendo, con forza, che la testata d'angolo era e rimane il meccanismo del sindacato accentrato di costituzionalità e persino privilegiando l'“anima politica” rispetto a quella “giurisdizionale”. A tale ruolo, gli altri ‘dialoganti’ – Corti di Strasburgo e Lussemburgo; giudici comuni - si sono dovuti, di volta in volta, in qualche modo adattare ed adeguare: in qualche occasione, perfino rassegnare»: *cit.*, 2.

comma 8, Cost. stabilisce espressamente che contro le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il ricorso per Cassazione sia ammesso solo per motivi inerenti la giurisdizione¹⁵.

Le rimessioni pregiudiziali alla C.G.U.E. sono tutte sostanzialmente volte a determinare se il principio del primato del diritto dell'UE, così come il principio dell'effettività della tutela comunitariamente sancito, sia così tanto forte da consentire l'introduzione nell'ordinamento italiano di un rimedio del tutto nuovo, capace di estendere notevolmente le competenze della Cassazione, allo scopo di perseguire quella finalità consistente nell'evitare il definitivo consolidarsi di un giudicato produttore effetti in contrasto con il diritto euro-unitario.

All'esito del rinvio pregiudiziale, i Giudici di Lussemburgo potrebbero effettivamente riconoscere al principio del primato del diritto dell'UE una tale forza giuridica da giustificare l'introduzione di un rimedio *ad hoc* – come appunto il ricorso per Cassazione per violazione di legge – per evitare il definitivo consolidarsi di una sentenza anti-comunitaria; oppure, la CGUE potrebbe limitarsi a ribadire quanto più volte affermato in precedenza, ovvero sia che il principio del primato del diritto dell'UE non impone di rimuovere un giudicato già formatosi all'interno di un ordinamento nazionale di uno Stato membro, anche se in contrasto con il diritto comunitario (salva l'eventuale responsabilità del singolo Stato per aver dato luogo ad una pronuncia anti-comunitaria).

Si addivene a tale conclusione sulla scorta del c.d. principio di equivalenza dei rimedi secondo cui, non essendo previsto all'interno dell'ordinamento nazionale un rimedio ulteriore – se non il ricorso per Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione – contro una sentenza del Consiglio di Stato in contrasto con il diritto nazionale, allora tantomeno è possibile prevedere un rimedio *ad hoc* per revocare quelle pronunce del Consiglio di Stato in contrasto con il diritto comunitario, vista la definitività degli effetti giuridici prodottisi a seguito del passaggio in giudicato della sentenza¹⁶.

9. Considerazioni finali.

Vista l'assoluta novità del percorso intrapreso dalle Sezioni Unite, pare opportuno in ultima analisi riflettere sulla effettiva portata delle tre questioni pregiudiziali poste alla C.G.U.E. e in specie della prima.

Ebbene, se si identifica come “motivo di giurisdizione” ogni travalicamento da parte del giudice dalla propria *potestas iudicandi* e se il giudice amministrativo o ordinario non ha il potere di coniare una regola opposta rispetto a quella stabilita dal diritto UE (prevalente sul Potere legislativo interno) non sembra possibile negare che si ponga una “questione di giurisdizione”, sindacabile dalla Cassazione. Ciò perché come si è fino ad oggi pacificamente ritenuto (e la Corte costituzionale nella [sentenza n. 6 del 2018](#) non ha negato), essa rappresenta il giudice di ultima istanza del rispetto dei confini del potere giurisdizionale.

Se dunque una questione di interpretazione del diritto UE è già stata risolta in una determinata direzione dalla sua Corte di Giustizia, non v'è possibilità di “interpretazioni” e nemmeno di “creazioni” da parte del giudice nazionale. Non si potrebbe, quindi, invocare il “labile confine” tra le due operazioni che ha finora consentito alle Sezioni Unite di sottrarsi al potere/dovere di sindacare lo sconfinamento nel potere legislativo interno, giustificandone l'atteggiamento di *self-restraint* per le questioni che non si traducono (addirittura) in un diniego di giustizia. Il ragionamento operato dalla Corte costituzionale può anzi, in quest'ottica, essere ribaltato: se non è ammissibile una “graduazione” del vizio, non lo è neppure per lo sconfinamento, che è sindacabile, non solo rispetto al diritto UE, ma anche rispetto al diritto interno, anche quando non si traduca in un diniego di

¹⁵ B. CARAVITA, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, in [Federalismi.it](#), 4 novembre 2020, 20 e s..

¹⁶ M. LIPARI, *Il sindacato della cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, comma 8, della costituzione e il diritto dell'Unione europea: la parola alla Corte di Giustizia*, in [Giustizia Insieme](#), 11 dicembre 2020.

giustizia. La verifica della fattispecie appena descritta comporterebbe che la disposizione violata sia inequivocabile o che comunque la Corte di Giustizia si sia già pronunciata su quella specifica questione.

Così ragionando, lo spazio d'applicazione del ricorso per Cassazione di cui si chiede alla C.G.U.E. di ribadire la necessità – sul presupposto che la Costituzione affidi alle Sezioni Unite il controllo sul rispetto dei limiti della giurisdizione – non sembra a ben vedere maggiore di quello che il sistema giuridico riconosce per lo sconfinamento rispetto al diritto interno. Se poi le parti faranno abuso dello strumento, per impedire il passaggio in giudicato delle sentenze dei giudici amministrativi, l'ordinamento interno dovrà trovarvi adeguati rimedi, con l'eventuale previsione di filtri e/o con un accorto uso della condanna alle spese.

Francesco Gabriele

Al referendum costituzionale non spetta (anche) un “tono” costituzionale (brevi note a Corte costituzionale ord. 195/2020)*

Abstract: *The paper critically examines decision no. 195 of 2020 of the Constitutional Court which declared inadmissible the conflict of powers caused by the concentration in a single electoral round of the constitutional referendum on the reduction of the number of parliamentarians and some elections.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Delegati, Legali rappresentanti, Comitato promotore. – 3. Sulla posizione costituzionale del Comitato promotore. – 4. Sulla “funzione di generale tutela del miglior esercizio del diritto di voto da parte dell’intero corpo elettorale”. – 5. Sulla concentrazione delle votazioni: a) tra diritto fondamentale (dei singoli) e interesse (della collettività) alla salute e diritto di voto (e dovere del suo esercizio) – 6. *Segue:* b) gli argomenti dei ricorrenti e quelli della Corte.

1. Premessa.

Pur approvato, ma solo al quarto ed ultimo “passaggio”, quasi all’unanimità (seconda deliberazione della Camera con 553 voti favorevoli su 567 votanti e 569 presenti), il testo di legge costituzionale concernente la riduzione del numero dei parlamentari (sia della Camera, da 630 a 400, sia del Senato, da 315 a 200), è stato oggetto, non *in articulo mortis*, ma, per così dire, *in articulo vitae* (cioè quando, trascorsi senza domanda di *referendum* i tre mesi dalla pubblicazione, ne sarebbe scattata la promulgazione e, quindi, l’entrata in vigore), di un attacco per via giudiziaria mediante vari ricorsi per conflitto di attribuzione, tra i quali uno, sollevato da Senatori, tendente, almeno per il momento, non a metterlo in discussione nel merito, in tale sede del resto improbabile, ma a ciò, in un certo senso, propedeutico. Era rivolto, infatti, a consentirgli la votazione referendaria da essi domandata in assenza (di), anziché contemporaneamente ad altre votazioni, come, invece, stabilito da una legge (“provvedimento”?), che, in sede di conversione, e non senza suscitare dubbi sotto il profilo della estraneità all’oggetto del decreto-legge convertito¹, nominativamente, non in via generale ed astratta, e quindi di principio (cioè non riguardando, per così comprenderlo, una determinata categoria, o tipo di atti)², ne aveva disposto, con una disposizione aggiunta, l’inclusione, anzi la “concentrazione”, nello stesso *election day*³.

Con l’accoglimento del ricorso si sperava, verosimilmente, in un esito della consultazione popolare diverso da quello, in ipotesi presunto meno favorevole, e, “comunque”, in qualche modo “falsato”, o

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 13, del Regolamento della Rivista.

¹ V., al riguardo, anche con richiami alla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema, M. CALAMO SPECCHIA, *Audizione dinanzi alla Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati del 17 giugno 2020*, in [Osservatorio costituzionale](#) n. 4/2020.

² Così sembra interpretabile, infatti, l’art. 1-bis, comma 3, del d.l. 20 aprile 2020, n. 26, conv., con modificazioni, nella l. 19 giugno 2020, n. 59. Si potrebbe pensare, quindi, che il legislatore sia stato, e sia, contrario, e comunque non favorevole in linea di principio, o generale, all’abbinamento *de quo*, che altrimenti avrebbe potuto disporre già prima o utilizzando l’occasione, anche se, riteniamo, ciò non varrebbe, di per sé, come possibile argomento contro la legittimità della legge in questione potendosi opporre trattarsi, anzi, di una consapevole eccezione, sia pure da valutare, peraltro, nel contesto di eventuali, altre motivazioni.

³ V. la l. 19 giugno 2020, n. 59, di conv. del d.l. 20 aprile 2020, n. 26 (art. 1-bis, comma 3, inserito in sede di conversione) e, volendo, il d.p.r. 7 luglio 2020, di indizione del *referendum*. Come si legge nella stessa ordinanza della Corte, l’art. 1-bis, comma 3, del d.l. n. 26 del 2020, come convertito, prevede che “alle elezioni politiche suppletive, alle elezioni regionali e amministrative rinviate a seguito della emergenza epidemiologica da COVID-19 e al *referendum* confermativo sul “Testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione” ecc. ... recante “Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione” ecc. ... si applichi il principio della concentrazione delle consultazioni elettorali di cui all’art. 7 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, nella legge 15 luglio 2011, n. 111 (cosiddetto “*election day*”). L’art. 7 richiamato, infatti, riguarda, ed in generale, tutte le elezioni, ma non nomina le votazioni referendarie e la normativa impugnata, del 2020, si riferisce non ai *referendum* costituzionali in generale ma, specificamente, (solo) a quello sul testo di legge costituzionale richiamato sicché, in ipotesi, per un altro caso di concentrazione simile occorrerebbe un’altra norma di rango legislativo.

negativamente “influenzato”, per l’appunto, dalla compresenza, oltrech  di varie votazioni, di diverse campagne elettorali (elezioni politiche suppletive, regionali in sette Regioni ed amministrative in pi  di mille Comuni) e di una referendaria (costituzionale), nonch , ovviamente, di una conseguente e connessa, eterogenea pluralit  di protagonisti, di temi, di argomenti ed interessi, e di pressioni, per giunta non uniformemente sull’intero territorio nazionale e senza il coinvolgimento degli italiani all’Estero.

Si tratta di uno dei quattro ricorsi, per conflitto di attribuzione, dalla Corte costituzionale con grande sensibilit  istituzionale decisi “a tamburo battente”, nell’arco di una ventina di giorni dai depositi⁴, con quattro ordinanze, di pari data (12 agosto 2020), tutte di inammissibilit . Pi  precisamente, di quello di cui alla prima (in ordine numerico) di esse, la [n. 195](#), la quale sembra prestarsi, sia pure “a prima lettura”, ad alcune riflessioni.

1. *Delegati, Legali rappresentanti, Comitato promotore.*

Per quanto riguarda i ricorrenti, si tratta degli stessi tre Senatori che, da quanto pu  desumersi anche dalla lettura del ricorso⁵, hanno promosso la sottoscrizione della “domanda” di *referendum*, che ha raggiunto il numero di settantuno, pi  alto di quello minimo, di un quinto, dei membri della Camera di appartenenza (il Senato), richiesto, per l’appunto, dal secondo comma dell’art. 138 della Costituzione per poter fare la domanda di sottoporre a *referendum* popolare il testo della legge di revisione costituzionale.

Questa, pu  essere interessante sottolineare, era stata approvata, nella seconda votazione, a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei componenti, al Senato mentre alla Camera, come gi  detto, aveva raggiunto e superato ampiamente, sia pure senza conseguenze giuridiche stante la maggioranza (“solo” assoluta) al Senato, e non senza qualche difficolt  di “lettura” sotto il profilo politico⁶, quella dei due terzi.

Di essi, nel ricorso, ma anche nell’ordinanza della Corte, che nulla ha eccepito al riguardo, si parla come di legali rappresentanti del Comitato promotore della consultazione referendaria, che, in realt , in base alla legge n. 352 del 1970, sono, al pi , i tre “delegati”, scelti dai richiedenti, a cura dei quali la “domanda” deve essere depositata presso la cancelleria della Corte di cassazione e che, come detto, hanno anche promosso la sottoscrizione tra i Senatori e ne sono stati, quindi, di fatto, anche i promotori. Di “promotori”, e di una pi  ampia disciplina di questa specifica fase del procedimento, nella legge   parola in riferimento, invece, alla promozione, alla raccolta e al deposito delle firme di 500.000 elettori e, sia pure in modo diverso, alla richiesta da parte di cinque Consigli regionali nel Titolo I della legge, cio , va detto, nel Titolo (artt. 1-26) denominato “*Referendum* previsto dall’art. 138 della Costituzione”.

Prescindendo, comunque, da profili di natura meramente nominalistica, ancorch , magari, non trascurabili, che non sembrano poter incidere, per , sulla sostanza delle cose, pi  interessante sembra soffermarsi sul come la Corte abbia “trattato”, per cos  dire, ancorch  dalla legge non formalmente nominato, ma sulla base di essa tale ritenuto nella sostanza, questo “Comitato” (in assenza di tale

⁴ Si veda, al riguardo, R. PINARDI, [Conflitto tra poteri e referendum confermativo: alcune annotazioni critiche sull’ordinanza della Corte costituzionale n. 195 del 2020](#), in questa [Rivista](#), 2020, 478 ss.

⁵ Lo si pu  leggere in [Nomos](#) n. 2 del 2020.

⁶ Non   facile dire, infatti, se il voto favorevole anche di formazioni politiche (e comunque di componenti di esse) che al Senato si erano orientate diversamente sia dipeso, per cos  dire, *re melius perpensa*, cio  da una convinta, nuova valutazione del testo della legge di revisione costituzionale in corso di esame, o, magari, quanto meno “anche”, se non soprattutto, per mera convenienza “politica” dato che il raggiungimento della maggioranza dei due terzi, stante quella solo “assoluta” del Senato, non incideva sulla fatto che ne rimaneva ferma, *ex art. 138 Cost.*, l’esposizione alla domanda di *referendum*. Pu  comunque rilevarsi, sia pure *ex post*, che la predetta domanda, poi, vi   stata e che i voti contrari al testo della legge, forse anche per perplessit  variamente e trasversalmente espresse pur in presenza delle diverse posizioni “ufficiali”, magari “non vincolanti”, dei rispettivi “partiti”, o formazioni politiche, sono stati, nel *referendum*, pi  numerosi, ancorch  minoritari, di quelli presumibili sulla base di previsioni fondate su una meccanica corrispondenza tra le predette posizioni ufficiali ed il risultato.

nome nella legge), e/o questi suoi “legali rappresentanti”, che, nella realtà, coincidono e potrebbero essere distinguibili, magari, mancando un formale mandato, solo sulla base di una *fictio iuris* a sua volta possibile fonte, però, di qualche interrogativo di natura specialmente teorica, ma non senza risvolti pratici, quale quello relativo alla genesi, ma anche alla fisiologia, nella fattispecie, del rapporto di rappresentanza.

Può notarsi, peraltro, che, nel quarto capoverso del *Considerato*, la Corte, parlando del Comitato, rileva, senza, al momento, alcuna osservazione (ma ritorneremo sul punto), che, secondo la parte ricorrente, esso “sarebbe” rappresentante del corpo elettorale, e che la (presunta) violazione delle prerogative di questo determinerebbe “*di riflesso*” anche una lesione delle attribuzioni costituzionalmente assegnate e garantite allo stesso Comitato dagli artt. 1 e 138 della Costituzione” (in seguito, invece, per es. nel corso dell’VIII capoverso, riferendosi ad esso, non manca di precisare “in rappresentanza dei soggetti legittimati ad avanzare la richiesta di *referendum*”, non, quindi, del corpo elettorale).

Comunque denominati, e pur considerando le differenze, ma anche le sostanziali analogie connesse alle figure, previste dall’art. 138 Cost., di un quinto dei membri di una Camera, di cinquecentomila elettori e di cinque Consigli regionali, che i Tre corrispondano, e possano essere considerati alla stessa stregua, di un Comitato promotore, e, in quanto tali, legittimati a sollevare un conflitto di attribuzione fra poteri sembra, infatti, almeno a prima vista, del tutto ragionevole. E ciò anche se la Corte, come è stato osservato, pur trattandosi di un *referendum* costituzionale, non ha considerato altro che la sua giurisprudenza sull’art. 75 (del resto la sola esistente) della Costituzione, cioè sul *referendum* abrogativo, e non si sarebbe neanche premurata di dirlo, né di motivarlo, probabilmente, però, avendolo ritenuto scontato e quindi inutile⁷ (un precedente specifico, infatti, sembra non potersi considerare neanche quello di cui al *referendum* sul testo della legge di revisione costituzionale c.d. “Renzi-Boschi”, nel quale, anzi, per i “delegati” si sarebbe potuto porre anche il problema, in teoria interessante, della loro legittimazione non attiva, ma passiva, che la Corte non ha affrontato perché ha dichiarato inammissibili i ricorsi per conflitto tra poteri avendo ritenuto i ricorrenti, Codacons e un privato, che avevano fatto ricorso anche contro di loro, privi dei requisiti soggettivi)⁸.

Forse proprio, o anche per questo, peraltro, al “Comitato” di cui alla fattispecie *de qua*, che era un Comitato promotore di un *referendum* costituzionale, non sembra dedicata, dalla Corte, nella presente ordinanza, sotto il profilo della legittimazione attiva a proporre conflitto di attribuzione, quella più specifica attenzione, o considerazione, nella quale avrebbe potuto rinvenire, forse, almeno qualche spunto, anche non privo di interesse, per un esito, magari, meno perentorio o, per così dire, meno automatico rispetto a quello cui è pervenuta sulla base (soltanto) di precedenti almeno in generale non del tutto di per sé senz’altro estensibili al caso in esame e, in particolare, di qualche sua innegabile specificità.

3. Sulla posizione costituzionale del Comitato promotore.

La Corte, dunque, rileva, richiamando (*ex plurimis*, essa precisa) ben 15 sue ordinanze⁹, che, “sotto il profilo della legittimazione attiva”, la sua giurisprudenza “è costante nel riconoscere la legittimazione del Comitato promotore del *referendum* a proporre conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato in quanto titolare, nell’ambito della procedura referendaria, di una funzione pubblica costituzionalmente rilevante e garantita, in rappresentanza dei soggetti legittimati ad avanzare la richiesta di *referendum*”, ciò potendo avvenire anche da parte di soggetti o organi diversi dallo Stato-apparato (nel caso di specie, peraltro, la questione, sotto questo profilo, non si sarebbe posta

⁷ V., al riguardo, anche con indicazione delle “specificità”, R. PINARDI, *Conflitto tra poteri*, cit.

⁸ V. l’ord. della Corte costituzionale n. 256 del 2016.

⁹ E precisamente: ordd. nn. 169/2011, 172/2009, 38/2008, 198/2005, 195/2003, 137/2000, sent. n. 49/1998, ordd. nn. 172, 171, 131 e 9/1997, 226 e 118/1995, sent. n. 69 e ord. n. 17/1978.

trattandosi di Senatori, che comunque non sono estranei, o esterni, allo Stato-apparato).

Non manca di precisare, però, che la sua giurisprudenza ha anche riconosciuto che nella sfera delle attribuzioni del Comitato promotore rientra “la pretesa allo svolgimento delle operazioni di voto referendario, ma non anche quella, *in assenza di situazioni eccezionali*, di interferire sulla scelta governativa tra le *molteplici, legittime opzioni* (corsi nostri), della data all’interno del periodo prestabilito” e che il Consiglio dei Ministri, “infatti, è titolare di un ampio potere di valutazione sia in ordine al momento di indizione del *referendum*, sia per quanto attiene alla fissazione della data della consultazione referendaria purché le operazioni di voto si svolgano nell’intervallo temporale determinato dalla legge e individuato all’art. 34, primo comma, della legge 25 maggio 1970, n. 352”.

In realtà, il riferimento alle “situazioni eccezionali” e quello alle “molteplici”, bensì, ma “legittime” opzioni del Governo, costantemente contenuto nella richiamata giurisprudenza della Corte, attenua, in qualche misura, almeno potenzialmente, rendendola tutta da precisare in concreto, sia la limitabilità della sfera di attribuzione riconoscibile al Comitato, sia, in senso opposto, l’ampiezza (o l’ampliabilità) della discrezionalità, per così dire, attribuibile al Consiglio dei Ministri, e, quindi, in particolare, la asserita (dalla Corte) *ampiezza* del potere di valutazione di quest’ultimo (fermo restando che rimane a carico del Comitato, come correttamente rilevato dalla Corte, l’onere della dimostrazione della sussistenza delle invocate, oggettive situazioni di carattere eccezionale, peraltro non agevole specie se intese, per es., come, poi, la stessa Corte non ha mancato di intenderle¹⁰, e, in definitiva, anche quello della eventuale, pretesa non legittimità di una opzione del Governo.

Non sembra, infatti, che questo, quanto meno in prima battuta, debba motivare le sue scelte, tra l’altro temporalmente circoscritte *ex lege*, tranne che non siano espressamente prefigurati, o fondatamente presunti, obblighi, o, almeno, doveri procedurali, la cui violazione è, in genere, più facilmente rilevabile, anche se, comunque, possono finire, spesso, con l’implicare, poi, sia pure variamente, possibili vincoli anche nel merito)¹¹.

Non mancano, inoltre, affermazioni secondo le quali la “pretesa” del Comitato sembra circoscritta “allo svolgimento delle operazioni di voto referendario” ed altre, anche costantemente ripetute (a

¹⁰ Si tratta, infatti, secondo la giurisprudenza della Corte, di situazioni che siano idonee a determinare una effettiva menomazione dell’esercizio del diritto di voto referendario o una interferenza con la possibilità del suo esercizio incidendo direttamente su di esso e precludendolo (per es., [ord. 169/2011](#)), le quali, se intese, per così dire, nel senso di materialmente impeditive, e non anche più ampio e comprensivo della menomazione, potrebbero avere, in condizioni democratiche “normali”, una possibilità di essere rinvenute, o riscontrate in concreto davvero scarsa, varie circostanze, così, prestandosi ad essere valutate “ordinarie”, anziché “eccezionali”, come avvenuto, in definitiva, nel caso di specie gli argomenti della parte ricorrente, su cui incombe(va), ovviamente, anche l’onere della dimostrazione della “eccezionalità”, non avendo avuto accoglimento. Per una ipotesi di circostanze ordinarie, non eccezionali, e perciò non incidenti sul diritto di voto e non preclusive del suo esercizio v., specificamente, la richiamata [ord. n. 169 del 2011](#), nella quale, inoltre, un accorpamento non previsto, e, perciò, “richiesto”, anziché “contestato” (si trattava, peraltro, di *referendum* di cui all’art. 75, non costituzionale), secondo la Corte di pe sé non agevolava, ma neppure ostacolava lo svolgimento delle operazioni referendarie.

¹¹ Ci riferiamo, per es., alla possibilità di configurare una ipotesi di applicazione del principio di leale collaborazione con il Comitato promotore, dalla Corte espressamente esclusa nella fattispecie di cui all’[ord. n. 169 del 211](#) non essendovi l’esigenza “di coordinare l’esercizio di prerogative spettanti a poteri diversi che concorrono alla cura di un medesimo interesse costituzionalmente rilevante” evidentemente mancando i predetti requisiti, deve ritenersi, non al Governo, ma al Comitato promotore. Non sappiamo se anche alla distinzione *de qua* possa essere almeno oggettivamente ricollegabile un riferimento della Corte contenuto nella ordinanza in commento e alla quale accenneremo tra poco. Sembra, tuttavia, meritevole di essere rilevato che il non riconoscimento del “titolo” in questione al Comitato implica, in qualche modo, il non tener conto, e, comunque, non avere in alcuna considerazione il fatto che, secondo la giurisprudenza della Corte, il Comitato stesso è riconosciuto titolare di una funzione pubblica costituzionalmente rilevante e garantita in rappresentanza sia pure dei soggetti legittimati ad avanzare la domanda di *referendum* e non, come abbiamo visto, del corpo elettorale. Non può neanche trascurarsi, peraltro, che, sempre secondo la Corte, i sottoscrittori (frazione del corpo elettorale dei quali i comitati e/o i promotori sono organi competenti a dichiarare la volontà in sede di conflitto con le dovute conseguenze sulla loro sfera di attribuzione), oltre ad attivare la sovranità popolare, “concorrono con altri organi e poteri al realizzarsi della consultazione popolare” ([ord. n. 131 del 1977](#)). Ovviamente, anche se la assimilazione ad un potere dello Stato non può tradursi nella costituzione di un organo permanente al di là della conclusione del procedimento referendario (per spunti al riguardo v. [Corte cost. sent. n. 9 del 1977](#)), ciò non può rimanere senza significato durante l’intero procedimento pur nella distinzione dei ruoli e, in particolare, di quello del Governo e, comunque, sotto il profilo della concorrenza di tutti alla piena regolarità del *referendum*.

partire dalla [ord. n. 17 del 1978](#)), secondo le quali la funzione dei sottoscrittori della richiesta sarebbe costituzionalmente rilevante e garantita perché essi “attivano la sovranità popolare nell’esercizio dei poteri referendari”, che possono essere lette anche nel senso non della pura e semplice attivazione, ma anche del pieno esercizio della sovranità referendaria e, quindi, dell’esercizio del diritto di voto di ciascuno, in cui questa si articola e consiste ricomposta, nelle condizioni idonee ad assicurarne l’espressione.

In realtà, il semplice fatto dello svolgimento della votazione, e la sua data, non sembrano poter esaurire l’interesse dei richiedenti il *referendum* né, soprattutto, il significato e l’essenza costituzionali di questo. Essi, ovviamente, non potrebbero pretendere una data ed uno svolgimento funzionali all’esito sperato. Possono, però, può ritenersi, pretendere quella che, in una parola, potremmo definire la regolarità complessiva, conforme a Costituzione, della consultazione referendaria richiesta, della quale data e votazione, cioè il momento della espressione del voto, non sono tutto.

Non può trascurarsi, per es., come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, la fase che li precede e, in particolare, la disciplina della campagna referendaria, che di per sé non coincide con la campagna elettorale, un *referendum* essendo diverso da una elezione, anche se le caratteristiche particolari dell’una e dell’altra non comportano di per sé un vincolo per il legislatore ad adottare discipline differenziate la relativa necessità essendo da ricollegare a considerazioni più specifiche in ordine alla compatibilità/incompatibilità¹². E, naturalmente, sotto tale profilo, come vedremo tra poco, anche l’eventuale abbinamento con altre votazioni, contestato o, come pure è avvenuto, richiesto, ma senza successo, sia pure in relazione ad un *referendum* abrogativo¹³, costituisce una modalità (di contesto, per così dire) di svolgimento di una consultazione referendaria e può, o potrebbe essere ritenuto non estraneo all’interesse dei promotori se ed in quanto rilevanti per la piena regolarità, o, se si vuole, per la autenticità dei risultati del voto referendario. Per essi non avrebbe senso, altrimenti, impegnarsi nella promozione di una pronuncia popolare (*rectius*, nella “attivazione della sovranità popolare nell’esercizio dei poteri referendari”) non garantita nella correttezza del suo esito. E non ne avrebbe, ovviamente, e, per altro verso, la stessa, complessa procedura, aggravata ed integrata, prevista dalla Costituzione per le leggi di revisione e le altre leggi costituzionali (art. 138) ove al previsto intervento del popolo sovrano non fossero assicurate le condizioni ottimali per l’espressione pienamente consapevole della sua volontà. Il profilo così evidenziato sembra consentire anche una riflessione per la quale la sede potrebbe sembrare quella di cui al paragrafo precedente o, magari, a quelli seguenti.

Ci riferiamo al fatto che, parlando del Comitato, la Corte una volta, senza (almeno apparentemente) prendere posizione e limitandosi a riportare una affermazione della parte ricorrente, rileva che, ad avviso di questa, la violazione delle prerogative del corpo elettorale, del quale esso *sarebbe rappresentante*, determinerebbe *di riflesso* anche una lesione delle attribuzioni al Comitato stesso assegnate e garantite dagli artt. 1 e 138 della Costituzione; un’altra, invece, come abbiamo già visto, lo qualifica, come è certamente più corretto, titolare di una funzione costituzionalmente rilevante e garantita *in rappresentanza dei soggetti legittimati ad avanzare la richiesta di referendum* (corsivi nostri). Ciò considerato, e senza mettere in discussione il rapporto del Comitato con i sottoscrittori della richiesta, anziché con il corpo elettorale (sia pure “di riflesso”), non dovrebbero, tuttavia, derivarne conseguenze restrittive sulla ampiezza della sua sfera di attribuzione quanto meno perché, in pratica, gli interessi dei sottoscrittori, di certo articolazione del corpo elettorale, comunque non contrastano con quelli di quest’ultimo, da essi attivato, e coincidono se non nel risultato, di certo nella piena correttezza del modo attraverso il quale pervenirvi.

¹² Interessante, al riguardo, la [sentenza della Corte n. 161 del 1995](#).

¹³ V. l’[ord. n. 169 nel 2011](#), di inammissibilità di un ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato da un Comitato promotore non avendo, il Governo, facendo, a suo dire, cattivo uso del potere di fissarne la data, accorpato il voto referendario con le elezioni amministrative. Tale mancato accorpamento, secondo la Corte, come già visto, non agevolava, ma neanche ostacolava lo svolgimento delle operazioni del voto referendario e, di conseguenza, non “aveva alcun effetto sulla sfera delle attribuzioni riconosciute al Comitato”. Con tale “irrilevanza”, sembra poter essere considerata, in qualche modo, coerente la irrilevanza dell’abbinamento affermata dalla Corte nella ordinanza in esame.

4. Sulla “funzione di generale tutela del miglior esercizio del diritto di voto da parte del intero corpo elettorale”.

Prima di proporre alcune considerazioni sul merito degli argomenti, della Corte e dei ricorrenti, specificamente relativi all'accorpamento, riteniamo non inutile indugiare, sia pure discostandoci dall'ordine seguito dall'ordinanza, su un altro aspetto concernente ancora il profilo soggettivo del conflitto.

Ci riferiamo, più precisamente, a quanto dalla Corte subito dopo affermato, sia pure quasi sembrando attenuare l'importanza dell'esame, e delle obiezioni, pur appena svolti, nel merito, “contro” gli argomenti dei ricorrenti, nel terzultimo capoverso del *Considerato*, secondo il quale “in ogni caso, la Costituzione non attribuisce al Comitato promotore, che nel giudizio in esame agisce in rappresentanza di una minoranza parlamentare, una funzione di generale tutela del miglior esercizio del diritto di voto da parte dell'intero corpo elettorale, che sarebbe lesa- asserisce il ricorrente - “di riflesso” dalla violazione di tale diritto”.

La precisazione, infatti, è condivisibile, come già abbiamo detto, ove riferita, o riferibile, ad una rappresentanza dell'intero corpo elettorale e/o ad una funzione di tutela del miglior esercizio del diritto di voto da parte di questo, che certamente non potrebbe spettare, né presumersi neanche con il ricorso ad un qualche effetto di una qualche improbabile proprietà transitiva stante la difficoltà di ritenere che i richiedenti, nella fattispecie Senatori, non “semplici” cittadini-elettori, possano rappresentare l'intero corpo elettorale e che, forse, in tali, limitati termini, non lo fosse neanche nella intenzione dei ricorrenti ove si consideri, tra l'altro, che nel ricorso si legge anche “la violazione delle prerogative del Comitato ricorrente e, quindi, del corpo elettorale”, cioè l'inverso. Possono suscitare qualche riflessione, invece, le conseguenze che ne sono state dedotte, estendendone, per così dire, gli effetti in senso riduttivo, nei riguardi della sfera di attribuzione del Comitato. Qualche dubbio può suscitare, intanto, proprio il senso della precisazione, ovvia e, quindi, in un certo senso non necessaria, e comunque letteralmente ineccepibile, secondo la quale il Comitato promotore “nel giudizio agisce in rappresentanza di una minoranza parlamentare”. Che un quinto dei membri di una Camera sia una minoranza di tale Camera, ed ancor di più dell'intero Parlamento, infatti, non è revocabile in dubbio, come non lo è una evidente ed oggettiva diversità, sotto vari profili, tra essa e i cinquecentomila elettori e i cinque Consigli regionali, di cui al secondo comma dell'art. 138 Cost., a loro volta parti minoritarie, rispettivamente, della totalità degli elettori e di quella dei Consigli regionali.

Anche considerando altre possibili diversità, tra le quali quelle specifiche relative ai motivi per cui l'art. 138 abilita le tre diverse figure a richiedere il *referendum*, ma le accomuna nella sua previsione per rendere più ampia e “rappresentata”, per così dire, l'area, o la platea, degli interessi tutelati, non sembra possa discendere da ciò una qualche *deminutio*, per così dire, in ordine alla eguale “capacità” di una delle tre nei riguardi delle altre due anche se quella parlamentare è, in un certo senso, oggettivamente, come è stato osservato, ma sotto altro e quasi meramente materiale profilo, la meno onerosa¹⁴ (500.000 elettori l'una, 5 consigli regionali l'altra). È la Costituzione che ha così deciso e per tale insindacabile scelta le tre figure soggettive non possono non avere lo stesso *status* e la stessa, identica garanzia nella pretesa allo svolgimento corretto del *referendum* per il quale possono fare domanda, ossia alla espressione libera e consapevole della volontà popolare contro o a favore del testo di legge costituzionale approvato a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei componenti di ciascuna Camera (anche se tale pronuncia, si ribadisce, dovrebbe ritenersi dover avvenire sulla base di un quesito dalla cui formulazione emerga l'intento verosimilmente oppositivo dei richiedenti, che, invece, non sembra potersi ritenere in qualche modo presente in quello che i richiedenti stessi “trovano” già normativamente predisposto).

Quanto, poi, a ciò che, nel giudizio in esame, e nella impostazione della Corte, la Costituzione attribuisce, o “non” attribuisce, al Comitato promotore, occorrerebbe, intanto, considerare che,

¹⁴V., al riguardo, correttamente, P. CARNEVALE, *Ma la data di svolgimento del referendum costituzionale è davvero liberamente disponibile?*, in Costituzionalismo.it, 1/2005.

agendo, esso, in rappresentanza della minoranza parlamentare richiedente, le sue attribuzioni non possono non essere del tutto corrispondenti a quelle della parte legalmente rappresentata. È costante, del resto, la giurisprudenza della Corte, ancorché espressa, come già detto, nel contesto del *referendum* abrogativo (al cui interno, peraltro, non è prevista la figura di un quinto dei membri di una Camera), secondo la quale i promotori sono competenti a dichiarare, in sede di conflitto¹⁵, la volontà dei cinquecentomila sottoscrittori.

Ciò posto, e considerato che non spetterebbe ad esso, come già detto, “una funzione di generale tutela del miglior esercizio del diritto di voto da parte dell’intero corpo elettorale”, potrebbe non essere inutile, magari, qualche riflessione su tale funzione, sul suo contenuto, sulla sua consistenza e sulla sua titolarità con particolare riguardo alla generale tutela del miglior esercizio ecc. (cioè, in un certo senso, su chi tuteli e chi rappresenti l’interesse, ove non adespota, a tale generale tutela) e, nel contempo, se vi sia anche, quale sia, e in cosa consista, un’altra, o, magari, altre funzioni di tutela di un altro, o di altri esercizi diversi dal migliore, e comunque, non (*il*) “miglior”(e), del diritto di voto da parte dell’intero corpo elettorale.

Un esercizio diverso dal migliore, inoltre, potrebbe essere, in sé, anche legittimo?¹⁶ Per altro verso, la pretesa del Comitato al regolare (non al “migliore”) esercizio del diritto di voto da parte dell’intero corpo elettorale (che è come dire alla regolarità del *referendum*), non lo trasforma in rappresentante di questo perché di ciò, al più, e solo in un certo senso, si può parlare (e può ritenersi si verifichi) solo indirettamente, come mero risultato oggettivo della difesa del diritto dei richiedenti (che non sono neanche, nella fattispecie, cittadini-elettori, ma Senatori) ad uno svolgimento “regolare” del voto referendario ovviamente da parte dell’intero corpo elettorale [che ciò avvenga, com’è ovvio, è interesse, oltre che di altri, certamente (anche) dei richiedenti, che possono pretenderlo, ma non dipende da essi, bensì, potrebbe dirsi, dall’ordinamento e, quindi, dal concorso di chi ne sia da questo investito della competenza (ed in ciò può vedersi, forse, la ragione del richiamo della Corte ad una funzione di generale tutela ecc.)].

Non si può, insomma, va ribadito, non dare il giusto rilievo al fatto che i richiedenti, pur essendo, come ragionevolmente presumibile, contrari, e comunque almeno interessati a porre problemi, al testo della legge costituzionale, non possano, ovviamente, pretendere uno svolgimento della consultazione referendaria rivolto a determinarne un esito ad essi favorevole, ma possano, invece, senza alcun dubbio, pretenderne uno in piena regolarità ciò coincidendo, del resto, con l’interesse generale. Non richiederebbero, altrimenti, il *referendum*, che, pertanto, sotto tale profilo, sarebbe da ritenere richiesto per opporsi, e comunque “ostacolare”¹⁷ l’atto “prodotto dalla maggioranza”¹⁸ e, perciò, *oppositivo*, non *confermativo*, come, invece, detto perfino nel quesito, che, peraltro, non è scelto, né proposto da essi, ma normativamente già predisposto¹⁹, non senza suscitare qualche perplessità, con l’apposito decreto presidenziale²⁰ (lo stesso abbinamento, a sua volta, ne sfumerebbe la valenza oppositiva)²¹.

¹⁵Per es., *ex multis*, ord. 131/1997.

¹⁶Così da potersi avere, in un certo senso, diverse (o, meglio, diversi gradi di) legittimità.

¹⁷Cfr. P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, 10 ed., Giappichelli, Torino, 2010, 139.

¹⁸Cfr. F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2008, 110.

¹⁹Non anche, però, dalla l. n. 352/1970, art. 15, ma successivamente; v., di recente, art. 81. d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. nella l. 24 aprile 2020, n. 27 e art. 1-bis d.l. 20 aprile 2020, n. 26, conv. nella l. 10 giugno 2020, n. 59.

²⁰È appena il caso di ricordare che, nel secondo comma dell’art. 138 della Costituzione è testualmente scritto che “la legge sottoposta a *referendum* non è approvata”, non è *confermata* (corsivi nostri) “dalla maggioranza dei voti validi” così rendendo preferibile ritenere che considera qualitativamente pieno, per così dire, il ruolo del corpo elettorale. Sul rilevato carattere *oppositivo*, v., per es., tra gli altri, proprio in riferimento a quello di cui trattasi, V. ONIDA, *Le ragioni di un sì*, e I. A. NICOTRA, *La riduzione del numero dei parlamentari: un’opportunità per il rilancio della rappresentanza*, entrambi in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it) n. 25/09.09.2020. Manifesta alcuni condivisibili dubbi sulla qualificazione come “confermativo” anche ad opera dei decreti di indizione del Presidente della Repubblica, rilevando una tendenza più decisa in tal senso, anche sotto il profilo contenutistico, negli ultimi due, S. PANETTA, *Alcuni dubbi sulla qualificazione come “confermativo” del referendum costituzionale di cui all’art. 138 Cost. ad opera dei relativi decreti di indizione del Presidente della Repubblica*, in [Dirittifondamentali.it](https://www.dirittifondamentali.it) n. 1/2020.

²¹V., in tal senso, G. CERRINA FERRONI, *Si può fare finta che tutto sia come prima? Le ragioni di un NO al referendum*

In tal senso, sono titolari di una pretesa legittima che non può non coinvolgere, proiettarsi e riflettersi corrispondentemente, cioè senza limitazioni, sulla posizione dei loro legali rappresentanti (altrimenti impossibilitati ad esserlo pienamente), cioè del Comitato promotore, in tutte le fasi del conflitto. Sotto questo profilo, insomma, la sfera di attribuzione del Comitato promotore, di elettori, di parlamentari o di Consigli regionali, non può non essere pienamente corrispondente a quella dei “legali rappresentati”, i quali, com’è ovvio, non lo sarebbero, per così dire, “adeguatamente” da un legale rappresentante in qualche modo e misura soggettivamente delegittimato (come si legge nel comunicato della Corte del 12 agosto del 2020, che anticipava di un giorno, prevedendolo *per domani*, il deposito delle ordinanze).

D’altra parte, non sembra fuori luogo ricordare come la Corte non abbia mancato di rilevare che gli elettori, “in numero non inferiore a 500.000 sottoscrittori della richiesta di *referendum*, dei quali i promotori sono competenti a dichiarare la volontà in sede di conflitto, sono titolari di una funzione costituzionalmente rilevante e garantita in quanto attivano la sovranità popolare nell’esercizio dei poteri referendari e concorrono con altri organi e poteri al realizzarsi della consultazione popolare”²². Che, quindi, la parte ricorrente abbia “agito al di fuori delle proprie attribuzioni costituzionali in relazione alle modalità di svolgimento del procedimento referendario” appare conclusione interessante, bensì, ma non immeritevole di una qualche riflessione anche alla luce di una attenta lettura della giurisprudenza della Corte²³.

5. Sull’accorpamento delle votazioni: a) tra fondamentale diritto (dei singoli) e interesse (della collettività) alla salute e diritto di voto (e dovere del suo esercizio).

Per quanto riguarda l’abbinamento in questione, contestato dai ricorrenti, occorre innanzitutto considerare che, come già rilevato, esso appare stabilito solo per il caso di cui trattasi e non in via di principio, cioè anche per tutti gli stessi casi in futuro.

Probabilmente, neanche per le stesse ragioni di cui al già istituito *election day*, nel quale, in ogni caso, in origine non era compresa alcuna evenienza referendaria (né sanitaria), ma perché, venendo a cadere, per ragioni proprie della rispettiva disciplina di riferimento, in un arco di tempo ravvicinato, un *election day* (elezioni politiche suppletive, elezioni regionali in sette Regioni ed elezioni amministrative in più di mille Comuni, tra i quali anche alcuni di considerevoli dimensioni) e la votazione per un *referendum* costituzionale riguardante le riduzione del numero dei parlamentari, la pandemia in corso ne consigliò, al legislatore, una effettuazione contemporanea.

Alle motivazioni originarie (contenimento delle spese, minore utilizzo degli edifici scolastici e minore “disturbo” alle scuole, ecc.) si aggiunse, evidentemente, quella legata alla pandemia con un peso più o meno decisivo, e comunque importante anche se, o proprio perché, va rimarcato, l’aggiunta del *referendum* non appare stabilita in linea di principio ma solo per l’occasione. Meglio, cioè, si sarà pensato, una sola convocazione dei comizi elettorali, anche se con una votazione in più, evidentemente ritenuta quanto meno “sopportabile”, o accettabile, per così dire, che due ravvicinate anche se, ovviamente, meno concentrate, nelle condizioni di certo eccezionali determinate dalla

sulla riduzione dei parlamentari, in Federalismi.it n. 25/09.09.2020.

²² [Ord. n. 131 del 1997](#) e, ivi, richiamo di altre decisioni conformi.

²³ Nella richiamata [ord. n. 131/1997](#), per es., all’asserzione secondo la quale alcune condizioni di fatto dell’esercizio del voto, “influenando in concreto sulla possibilità dei cittadini di esprimere la loro volontà elettorale comporta(va) una lesione della sfera di attribuzione garantita ai promotori”, la Corte risponde, così risolvendo il problema, per così dire, contestando l’idoneità di quelle condizioni, ma non si esprime, e quindi neanche esclude che, ricorrendo tale idoneità, si sarebbe determinata, o potuto determinare una lesione della sfera di attribuzione garantita ai ricorrenti, cioè che tra le due situazioni vi sia una corrispondenza. Va anche detto, peraltro, che, per es., nell’[ord. n. 38/2008](#), secondo la Corte (requisito, però, oggettivo), contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, non è ipotizzabile che “il Comitato possa agire a salvaguardia del diritto degli elettori ad esprimere il voto in tempi da loro ritenuti ragionevoli in quanto non è rinvenibile nell’ordinamento alcuna norma che, a salvaguardia di un presunto interesse degli elettori costituzionalmente rilevante alla sollecita celebrazione del *referendum*, abiliti il Comitato ad agire sicché anche sotto tale aspetto difetta il presupposto stesso alla doglianza dal punto di vista oggettivo”.

pandemia, sia per il diritto (dei singoli) e l'interesse (della collettività) alla salute sia per il diritto di voto, chiaramente coinvolti e intrecciati, peraltro, in una relazione, nelle condizioni date, non tanto non pacifica, né proficua, quanto, in realtà, problematica e, magari, conflittuale.

Il tema, o il problema, pur non riguardando direttamente e centralmente il *thema decidendum* di cui all'ordinanza che ci occupa, costituito dall'abbinamento, certamente lo lambisce, può, volendo, in qualche modo prestarsi a condizionarlo e, comunque, non ne sembra inutile la segnalazione. La tutela della salute, come ("fondamentale") diritto ed interesse della collettività (art. 32 Cost.), già in qualche modo resa incerta, o messa a rischio, dall'esercizio del diritto (che è anche un dovere) di voto con una singola votazione in presenza di una pandemia, lo diviene ancora di più, ovviamente, quando le votazioni siano più di una.

Altrettanto può dirsi per il diritto di voto, che è maggiormente sacrificato in caso di rinuncia per tutelare la salute quando le votazioni (contemporanee) siano più di una. Il cittadino, infatti, non è libero di recarsi, o non recarsi a votare, se, facendolo, teme ragionevolmente per la sua salute o, non recandosi, non esercita il suo diritto di voto, e se, in definitiva, è costretto ad una scelta, che non consente una mediazione tra l'uno e l'altro dei due diritti, così posti, anzi "costretti" in una tensione, ed in conflitto in cui, sia pure, magari, solo "putativamente", ma non per questo non, o meno "realmente" percepiti, l'esercizio dell'uno esclude del tutto quello dell'altro (le persone, insomma, possono reagire diversamente l'una dall'altra e, se la diversità non è patologica, come può non esserlo in presenza di una pandemia, il non esercizio di un diritto che sarebbe esercitato in condizioni normali equivale ad una rinuncia non libera, ma imposta).

Al contempo, il, o i risultati delle votazioni possono non essere (ritenuti) attendibili, perché viziati, e suscitare perplessità sotto il profilo della stessa legittimità costituzionale. Né può sottovalutarsi il fatto che ciascuna delle votazioni indette comporta una relativa campagna elettorale²⁴ e che nelle condizioni eccezionali dette, per ovvie ragioni, ciò non giova, e comunque non attenua, ma esaspera la tensione e il conflitto.

6. Segue: b) *gli argomenti dei ricorrenti e quelli della Corte.*

Attenendoci più strettamente al contenuto dell'ordinanza, la Corte, come già detto, non ha trascurato di soffermarsi (anche) sugli argomenti (di per sé non estranei al profilo oggettivo del conflitto, dichiarato formalmente inammissibile per carenza di legittimazione soggettiva del Comitato promotore)²⁵, prospettati dai ricorrenti specificamente contro l'abbinamento e la cui contestazione da parte sua, per quanto apparentemente non decisiva alla luce del richiamato "in ogni caso", può, invece, non sembrare irrilevante nell'economia e nel verso della decisione anche tenendo conto del fatto che, proprio nei giudizi sui conflitti come quello in commento, i profili soggettivi e i profili oggettivi, così come quelli propri della prima e quelli propri della seconda fase, pur teoricamente ben distinti, o distinguibili, possono esserlo di meno in concreto e finire con l'influenzarsi e il condizionarsi reciprocamente ed inevitabilmente convergere verso lo stesso esito e non senza incidenza, *de iure condito e de iure condendo*, sulla articolazione del giudizio in due fasi.

Le obiezioni della Corte agli argomenti dei ricorrenti contro l'accorpamento, di certo puntuali, sono sintetiche, quasi *en passant*, si potrebbe dire, e, comunque, non apodittiche specialmente se si considera la "sede" in cui sono formulate, cioè l'asserita, da essa, prima fase del giudizio (quella della mera delibazione, che, tuttavia, nella sua giurisprudenza tende, ormai, ad "accorparsi" con la seconda, anticipandola ma quasi saltandola in alcuni suoi caratteri essenziali quale, tra l'altro, la presenza del

²⁴ Sulla propaganda, per tutti, vedasi, sempre fondamentale, F. LANCHESTER, voce *Propaganda elettorale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1990, 126 ss. e ID., *La propaganda elettorale (e referendaria) in Italia tra continuità sregolata e difficile rinnovamento*, in *Quaderni costituzionali*, 1996, n. 3, 383 ss.

²⁵ Nel già richiamato Comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte, del 12 agosto 2020, che anticipava di un giorno il deposito dell'ordinanza, dandone notizia, oltre che del deposito, dell'esito e della motivazione, si legge, tra l'altro, che "il Comitato promotore non ha legittimazione soggettiva a sollevare questo conflitto dato che la Costituzione non gli attribuisce una "funzione generale di tutela del miglior esercizio di voto da parte dell'intero corpo elettorale".

contraddittorio)²⁶. Così: quanto alla possibilità che il voto referendario sia influenzato da posizioni politiche diverse, le basta osservare che “sempre le forze politiche hanno dato indicazioni agli elettori anche sui *referendum* costituzionali”; quanto alla diversa natura della votazione sul *referendum* costituzionale rispetto a quella propria delle elezioni (politiche, regionali ecc.), che “la logica referendaria è intrecciata a quella della democrazia rappresentativa, non separata da essa” (sia pure con rinvio alla [sent. n. 118 del 2015](#)); che “non può dirsi che la contestualità tra differenti campagne elettorali comporti, di per sé, una penalizzazione degli spazi di informazione dedicata alla campagna referendaria”; che l’eventuale maggiore affluenza alle urne nelle Regioni e nei Comuni ove si tengono elezioni “non pregiudica, in quanto tale, lo svolgimento del voto referendario, per il quale non è previsto, tra l’altro, un quorum strutturale”²⁷, ecc.

Trattasi, come può notarsi, di contestazioni che, pur emergenti, come da essa sottolineato, “già in sede di mera delibazione degli argomenti del ricorrente”²⁸, e, quindi, in un certo senso subito evidenti, per così dire, in riferimento agli stessi dati, che sono dei dati oggettivi, cogliendone e sottolineandone rapidamente aspetti, caratteri e relazioni importanti, ne danno una valutazione diversa, bensì, da quella dei ricorrenti, ma tale da riuscire, al più, solo a prevalere, non a dimostrarne l’assoluta infondatezza, o inconsistenza, o, per così dire, annullarli, a loro volta non essendo privi di un nucleo, magari minimo, ma innegabile, di rilevante oggettività, o di difficile discutibilità²⁹. Per es., anche se non è possibile stabilire se, e quanto, e come ciò possa incidere sul voto dei singoli, la diversità delle condizioni nelle quali si effettuerebbe soltanto un voto referendario e, soprattutto, della fase che lo precederebbe nelle sue varie forme, è certamente innegabile.

D’altra parte, non sembra dubbio che, tra le varie elezioni (politiche, regionali, amministrative) ed anche tra le varie votazioni referendarie (“ordinarie”, per così dire, costituzionali, abrogative, consultive ecc.), la consultazione relativa al *referendum* costituzionale sia la più diversa rispetto a tutte le altre e rispetto a quella, pur configurabile tra le variamente considerate, o confrontate, al loro interno, così da potersi dire che, nelle ipotesi di accorpamento, la più estranea rispetto a tutte ed a ciascuna sia sempre quella costituzionale minore essendo comunque quella fra le altre (per es., la diversità, peraltro sempre sotto vari profili in vario modo e misura non trascurabile, tra elezioni amministrative ed elezioni regionali, o tra queste e quelle politiche e così via).

Non è detto, insomma, che un voto sia lo stesso, quanto meno per una sorta di “votante” medio, non granitico nelle sue convinzioni, e non insensibile alle più varie pressioni, di quello espresso nel contesto di più votazioni perfino non escludendo i possibili, ipotetici vantaggi ricollegabili alla

²⁶ Per il caso di specie non può trascurarsi, in realtà, l’assoluta ristrettezza dei tempi a disposizione ed il rischio di una decisione *inutiliter data*, peraltro superabile accogliendo, in ipotesi, l’istanza di tutela cautelare, anche attraverso provvedimenti provvisori monocratici, che i ricorrenti non avevano mancato di avanzare. Quanto alla tendenza della giurisprudenza della Corte alla concentrazione delle due fasi v., di recente, l’[ord. n. 17 del 2019](#), oggetto di commento, sotto i più diversi profili, dai numerosi Autori, richiamati in testa alla stessa ordinanza, nonché, volendo, 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*, anno VII - numero 13 (agosto 2019-dicembre 2019), 75 ss.

²⁷ Sulla illegittimità di un *election day* comprendente un *referendum* abrogativo, per il quale, invece, è richiesto il “quorum” di partecipazione, dato che verrebbe meno il diritto al “segreto dell’urna”, v. L. ANTONINI, *Un election day sarebbe incostituzionale*, in *Il Gazzettino* del 13 aprile 2009.

²⁸ La precisazione è anche utile, può notarsi, a prevenire eventuali osservazioni in ordine al fatto della non articolazione della decisione nelle due fasi possibili (senza considerare l’istanza cautelare), che nella fattispecie, d’altra parte, come già detto, era certamente complicata, se non sconsigliata, per così dire, dalla ristrettezza dei tempi, per la quale la Corte ha mostrato evidente sensibilità istituzionale adottandola, insieme alle altre tre, con particolare sollecitudine, come rilevato, per es., da R. PINARDI, [Conflitto tra poteri](#), cit., e desumibile anche 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, 445 ss.

²⁹ Secondo G. BRUNELLI, *Una revisione senza qualità (riformatrice)*, in [Federalismi.it](#) n. 25, 9.09.2020, “è vero che la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili i conflitti di attribuzione sollevati in relazione all’*election day*, ma, come ha osservato Massimo Luciani, ciò è avvenuto per complesse e delicate questioni processuali, mentre nulla di risolutivo ha detto la Consulta sulle censure, ceto non prive di fondamento, avanzate dai ricorrenti”. Per quanto riguarda le richiamate osservazioni di M. LUCIANI, v., citato dalla stessa A., M. LUCIANI, *Se prevale il Sì le Camere non funzioneranno*, *Intervista* di L. MILELLA, *la Repubblica*, 22 agosto 2020.

comparazione, o considerazione di insieme, specie se questa situazione non sia identica, oltretutto, in tutto il territorio nazionale. Né può negarsi il condizionamento derivante a ciascuna campagna elettorale dalla coesistenza con altre e la diversità con le parti del territorio dove la votazione è una sola. Quanto, poi, al rilievo della mancanza, per il *referendum* costituzionale, del *quorum* strutturale, non può trascurarsi che ciò nulla toglie all'incidenza sul risultato, che, determinato dal semplice prevalere, anche per un solo voto, degli uni sugli altri, ha, per certi versi, un peso ancora maggiore, anzi decisivo (sotto tale profilo non minore importanza può avere il voto degli italiani all'estero).

Naturalmente, sarebbe sbagliato non considerare che, nel discorso, e nella considerazione, per giunta "in sede di mera delibazione" (sia pure, se si vuole, almeno in parte solo asserita) della Corte il profilo privilegiato è quello, potrebbe dirsi, della eccezionalità, o, se si preferisce, del grado di eccezionalità delle situazioni da confrontare. A suo avviso, infatti, "già in sede di prima delibazione degli argomenti del ricorrente emerge che essi, a fronte della situazione eccezionale legata all'epidemia che ha apportato all'accorpamento, non adducono circostanze, che dovrebbero risultare esse stesse eccezionali, in ragione delle quali l'accorpamento inciderebbe sul diritto all'effettuazione del voto referendario e sul suo esercizio ([ordinanza n. 169 del 2011](#))".

Potrebbe aggiungersi al tutto, sia pure nella ambivalenza cui certamente si presta, il fenomeno per cui, nella realtà di una esperienza ormai cinquantennale, come, peraltro, non sarebbe stato e non è difficile immaginare anche senza il suo conforto, non vi sia un *referendum* che non abbia acquistato, con quello suo teoricamente proprio, o non abbia aggiunto a questo, rimandone più o meno influenzato, se non trasformato, anche nell'esito, il significato suggerito, o imposto, più o meno consapevole il votante, dal contesto storico-politico-sociale ecc. del suo svolgimento, non esclusi gli stessi protagonisti della campagna referendaria.

Anche così, però, sembra permanere, per così dire, la sottovalutazione della lamentata incidenza di per sé, quale ne sia il senso, dell'accorpamento mentre non si considera che l'indubbia eccezionalità della situazione legata all'epidemia non comportava necessariamente la concentrazione perché, in sostanza, il termine ordinario entro il quale si sarebbe dovuto svolgere il *referendum*, già differito, avrebbe potuto esserlo più a lungo (in modo da non coincidere né con le già stabilite varie elezioni né con il presumibile perdurare dell'epidemia) o differito di nuovo³⁰ evitando sia le predette conseguenze negative derivanti dall'abbinamento sia, per giunta, la richiamata incidenza sul diritto alla salute e/o di voto (così potendosi rispettare di più e meglio, e più propriamente, oltretutto, la "eccezionalità" della situazione legata alla pandemia).

Né andrebbe trascurato, sotto altro profilo, che, come già rilevato, proprio la situazione epidemica, con il connesso timore per la salute (diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, che la Repubblica deve tutelare, non mettere a rischio), può di per sé incidere, ed incidere variamente, non tanto sul voto in sé, quanto sulla possibilità di partecipazione ad esso, cioè di esercitarlo, così alterando, o potendo alterare, però, il risultato finale rispetto a quello ragionevolmente possibile, in ipotesi, in una situazione meno, o poco incidente sul predetto comportamento, cioè in una situazione "normale", quando chi non si reca a votare lo fa perché non vuole e non perché teme per la sua salute e, quindi, non liberamente (così apparendo almeno configurabile una di quelle oggettive situazioni di carattere eccezionale idonee a determinare una effettiva menomazione del "diritto all'effettuazione del voto referendario e del suo esercizio" ed una lesione del principio di uguaglianza, nonché, com'è ovvio, risultati democraticamente discutibili; verrebbe anche da aggiungere, riprendendo, peraltro, un argomento già trattato, come proprio gli argomenti dei ricorrenti, o almeno alcuni di essi, ancorché non accolti dalla Corte, dessero, o si prestassero a dar corpo a quel miglior esercizio del diritto di voto da parte dell'intero corpo elettorale la cui funzione di generale tutela, sempre secondo la Corte, dalla Costituzione non è attribuita al Comitato promotore).

Non può neanche trascurarsi, inoltre, per un verso, che le obiezioni della Corte alla non eccezionalità delle circostanze addotte agli argomenti della parte ricorrente, proprio perché espresse

³⁰V., in tema, M. SICLARI, *Votazioni ed emergenza sanitaria*, in [Nomos](#), n. 2/2020, 4 e V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020.

in sede di prima deliberazione, avrebbero dovuto fondarsi su una assoluta evidenza, cioè essere rilevabili, per così dire, senza alcuna necessità di approfondimento, e, per l'altro, che l'eccezionalità desumibile dalla sua giurisprudenza è davvero di non facile, per non dire di improbabile evenienza dovendo avere una consistenza tale da incidere profondamente, ed in modo decisivo, sul diritto di voto e sul suo esercizio a sua volta inteso soltanto quasi in senso fisico, o materiale, nei caratteri generali di cui all'art. 48 della Costituzione (eguaglianza, personalità, libertà, segretezza) e non più ampio e comprensivo.

L'art. 48, d'altra parte, considera il voto in quanto tale, bensì, ed in quanto tale ogni voto è uguale ad ogni altro, ma, evidentemente, non si può prescindere, però, da altre considerazioni quali ad esempio, da quanto precede il momento della sua espressione nel segreto dell'urna, per così dire, che è solo il momento terminale di altre ed importanti fasi dovendo essere esercitato "nel quadro della piena fruizione dei diritti politici, intesi nel senso più ampio possibile, durante il periodo della campagna elettorale"³¹, né da altre specificità proprie, ed identitarie, di ogni singolo voto. Tra queste, per quanto qui ci riguarda, non può non considerarsi il voto per eleggere, e per eleggere parlamentari, o consiglieri o presidenti regionali, o sindaci o consiglieri comunali e quello referendario, a sua volta distinguibile a seconda del *referendum*. E, naturalmente, emerge, fra tutti, quello mediante il quale il cittadino-elettore può non eleggere, ma decidere direttamente, e decidere direttamente non di abrogare una legge, ma di integrare o modificare la Costituzione così partecipando alla funzione per il cui esercizio è previsto un procedimento, e potrebbe dirsi uno scenario, unico ed adeguato a garantirne, sotto ogni profilo e nella sostanza, l'altissimo livello. È alla luce di questa "specialità" che gli effetti dell'abbinamento sul voto referendario, e le condizioni complessive nelle quali questo si sarebbe svolto, avrebbero potuto, se non dovuto, meritare, da parte della Corte, una valutazione diversa, maggiormente in linea con la prospettata considerazione riservatagli dalla Costituzione, e, di conseguenza, condurre ad una decisione che in qualche modo ne tenesse conto.

Così non è stato e, però, sembra difficile non ammettere un senso di amarezza, o delusione, per il fatto che comunque, per avverse, eccezionali, se non epocali circostanze, non disgiunte da altre, non infondate, né trascurabili, ma neanche pienamente risolutive motivazioni, il risultato finale, o, se si vuole, la loro somma abbia avuto per effetto, o non abbia reso possibile, per un *referendum* "costituzionale", un'altra e diversa sintesi e, con essa, un "tono" costituzionale, per così dire, cioè quel "tono", che, secondo la felice espressione di C. Mezzanotte³², poi passata nella dottrina e nella stessa giurisprudenza della Corte, deve avere, come requisito di ammissibilità, per esempio, per essere riconosciuto e distinguersi, il conflitto di attribuzione di cui all'art. 134 della Costituzione³³.

Ciò, infatti, sarebbe avvenuto, o, presumibilmente, potuto avvenire, ove al voto in questione si fosse consentito, cogliendone l'occasione, uno "scenario" da protagonista assoluto, senza altri temi e senza altri voti, durante la campagna elettorale e nel segreto dell'urna, come sarebbe sempre giusto, del resto, e vero e fondamentale momento generale di educazione civica nei rari casi in cui alla comunità accade di potersi pronunciare decidendo direttamente, quasi erede del Costituente, sia pure tanti anni dopo, sulla integrazione o revisione della Costituzione.

³¹ Così M. SICLARI, *Votazioni ed emergenza sanitaria*, cit., 4.

³² C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di potere e di conflitto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur cost.*, 1979, I, 110 ss.

³³ Per l'uso dell'espressione v., tra le altre, per es., di recente, la [sent. n. 224 del 2019](#).

Giuseppe Naglieri

Un nuovo modello decisorio per un nuovo equilibrio tra poteri?
Unvereinbarerklärung e Anwendungssperre nel diritto processuale costituzionale italiano
(brevi note, comparate, a margine di [Corte cost. ord. 132/2020](#))* **

ABSTRACT: *In ruling [132/2020](#), the Constitutional Court deployed the same two-parts introduced in 2018 in the Cappato case. The decision can be compared, with regards to the effects on the contested provision of the criminal code, with the Unvereinbarerklärung case-law of the Federal Constitutional Tribunal of Germany. The paper intends to outline the peculiarities of the judgment, aiming to setting them in the European Constitutional Justice panorama*

SOMMARIO: 1. Corti, libertà di manifestazione del pensiero e legislatore. – 2. *Unvereinbarerklärung, Vollstreckungskompetenz*: un modello irreplicabile? – 3. Autonomia processuale del *BVerfG* e divisione dei poteri: ai confini della giurisdizione costituzionale. – 4. Un nuovo diritto processuale costituzionale per un nuovo equilibrio tra poteri? – 5. Considerazioni conclusive.

1. Corti, libertà di manifestazione del pensiero e legislatore

Con [ordinanza n. 132/2020](#), relativa alla questione di costituzionalità degli art. 595, comma 3, c.p. e 13 della legge n. 47 del 1948 (*Disposizioni sulla stampa*), la Corte costituzionale pare avere confermato l'originale schema decisorio a doppia pronuncia inaugurato nel 2018 con il caso Cappato¹, che ancora continua a sorprendere² tanto per i profili di innovatività sul piano processuale, quanto per quelli sostanziali con riguardo al rapporto con legislatore e giudice comune.

S'intendono pertanto tratteggiare qui le peculiarità della predetta ordinanza della Consulta e gli elementi di rilievo di questo nuovo modello decisorio, con il precipuo fine di inquadrarli nel panorama della giustizia costituzionale europea e, soprattutto, di avviare una comparazione con la prototipica esperienza della *Unvereinbarerklärung* del *Bundesverfassungsgericht* tedesco.

Con le rispettive ordinanze di rimessione, i Tribunali di Bari e Salerno sostenevano, dunque, l'illegittimità costituzionale delle surriferite disposizioni, per violazione degli articoli 3, 21, 25 e 27 Cost., in ragione sia del loro carattere manifestamente irragionevole e totalmente sproporzionato della previsione della pena detentiva, soprattutto nella ponderazione del bene giuridico della reputazione, presidiato dalla norma incriminatrice, rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, sia dell'«attesa inidoneità della minacciata sanzione detentiva a garantire il pieno rispetto della funzione general preventiva e special preventiva della pena stessa».

Lamentavano, altresì, i rimettenti la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'articolo 10 della CEDU, come interpretato, in questo specifico ambito, dalla costante

* Contributo sottoposto a referaggio.

** Dottorando in Diritto costituzionale comparato nell'Università di Bari Aldo Moro.

¹ La dottrina sul tema è sterminata, *ex multis*: 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; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#); S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in [Biolaw Journal](#), 3/2018; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in [Dirittifondamentali.it](#); 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.

² Cfr. 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; R. PINARDI, *La corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4.8.20; A. MAZZOLA, [Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna ad adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"](#), in questa [Rivista, 2020/III](#), 545; F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza 132/2020 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), n. 27/2020, 206 e ss.

giurisprudenza della Corte di Strasburgo³, per cui la libertà di espressione sarebbe di norma violata laddove vengano applicate pene detentive a giornalisti condannati per diffamazione⁴.

La Corte, in una decisione che ha il *nomen* dell'ordinanza e la sostanza della sentenza di accoglimento, ricostruisce, dapprima, la propria giurisprudenza sulla libertà di manifestazione del pensiero e, quindi, nel segnalare la sua natura di «diritto coesenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione»⁵ e «pietra angolare dell'ordine democratico»⁶, rileva la strutturale correlazione tra questa e il diritto all'informazione dei cittadini, sostenendo la necessità, dichiarata anche in numerose precedenti pronunce⁷ di salvaguardarla da ogni forma di minaccia o coartazione diretta o indiretta che possa indebolire «la sua vitale funzione nel sistema democratico, ponendo indebiti ostacoli al legittimo svolgimento del suo ruolo di informare i consociati e di contribuire alla formazione degli orientamenti della pubblica opinione, anche attraverso la critica aspra e polemica delle condotte di chi detenga posizioni di potere»⁸.

Se, tuttavia, tale diritto fondamentale, prodromico all'esercizio del diritto della collettività all'informazione, deve essere naturalmente bilanciato con altri diritti parimenti di rango costituzionale come la reputazione della persona (diritto inviolabile ai sensi dell'articolo 2 Cost., nonché proiezione del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 CEDU), il bilanciamento operato al tempo dal legislatore penale si rivela, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, oggi inadeguato; devono, infatti, considerarsi sia gli effetti di «rapidissima e duratura amplificazione degli addebiti diffamatori determinata dai *social network* e dai motori di ricerca in internet»; sia il rischio che l'eccesso sanzionatorio conduca a dissuadere, per effetto del timore della privazione della libertà personale, «la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri»⁹.

Il delicato bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e diritto alla reputazione spetta, secondo la Corte, ancora una volta, 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».

Con tale già esplorata argomentazione, la Corte ha rinviato la trattazione delle questioni ad una udienza pubblica da tenersi il 22 giugno 2021, rilevando, ancor più marcatamente rispetto all'[ord. 207 del 2018](#), che una tale soluzione viene adottata vuoi in uno spirito di leale collaborazione con il legislatore, vuoi nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni. Pur intervenendo con un nuovo schema decisionale tutt'altro che limitativo sul piano delle relazioni con il legislatore e degli effetti in concreto del *decisum* — e che secondo molti comporta una netta espansione delle prerogative della Corte — questa si affretta a ribadire quanto la ragione primaria di questo tipo di pronuncia sia da rinvenire nella limitatezza degli orizzonti del *devolutum* e dei rimedi a sua disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisori.

La ragione di un tale ritegno sul piano della giustificazione dell'utilizzo della nuova formula decisoria (evidente rispetto alla più disinvolta motivazione nell'[ord. n. 207/2018](#)) è da rinvenirsi nella laconicità delle norme che disciplinano i poteri della nostra Corte con riguardo alla gestione processo costituzionale: sono forse proprio le norme il confine e l'ostacolo insormontabile al raggiungimento

³ La Corte cita diverse sentenze, a loro volta, evocate dai giudici rimettenti: 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre c. Romania*; 27 marzo 1996, *Goodwin c. Regno Unito*; 6 dicembre 2007, *Katrami c. Grecia*; 24 settembre 2013, *Belpietro c. Italia*; e 7 marzo 2019, *Sallusti c. Italia*.

⁴ Evocative, in tal senso, le parole della Corte EDU in *Godwin c. Regno Unito*, cit., «l'imposizione di una pena detentiva per un reato a mezzo stampa è compatibile con la libertà di espressione dei giornalisti, garantita dall'art. 10 della Convenzione, soltanto in circostanze eccezionali, segnatamente quando altri diritti fondamentali siano stati seriamente offesi, come ad esempio nel caso di diffusione di discorsi d'odio (*hate speech*) o di istigazione alla violenza».

⁵ [Corte cost. sent. n. 11/1968](#).

⁶ [Corte cost. sent. n. 84/1969](#).

⁷ [Corte cost. ord. n. 172/1992](#).

⁸ Cons. dir. 7.1.

⁹ Cons. dir. 7.3.

di una piena autonomia processuale e delle forme decisorie; quei «poteri di gestione del processo costituzionale» evocati *ad audivandum* rispetto all'introduzione del modello alla doppia pronuncia nel 2018 sono, in effetti, di difficile giustificazione rispetto alla conformazione del substrato normativo che disciplina il processo. È forse questa la ragione per la quale la Corte non si spinge al punto di dichiarare espressamente l'incompatibilità della normativa alla Costituzione concedendo un termine al legislatore, né determina autoritativamente la sospensione dei processi diversi da quelli *a quo*, dove debbano trovare applicazione le norme oggetto del giudizio.

Tutte circostanze queste, che invece trovano spazio nella giurisprudenza sulla incompatibilità del *Bundesverfassungsgericht*.

2. *Unvereinbarerklärung, Vollstreckungskompetenz*: un modello irreplicabile?

Già dalla pubblicazione dell'[ord. n. 207 del 2018](#) sul caso Cappato, alcuni eminenti studiosi hanno ricondotto quel modello decisorio, nuovo per il nostro diritto processuale costituzionale, alla *Unvereinbarerklärung* tedesca¹⁰. Numerosi sono infatti gli elementi di somiglianza tra quest'ultimo strumento, alternativo alla declaratoria di incostituzionalità *tout court*, e la peculiare ordinanza di rinvio a data fissa della nostra Corte, soprattutto sul piano degli effetti inter-ordinamentali.

Per riuscire però a rilevare efficacemente continuità e discontinuità tra le due pratiche decisorie, occorre anzitutto vagliare gli elementi costitutivi di quello che appare un autentico crittotipo: la *Unvereinbarerklärung*.

Nel maggio 1970, nel giudizio concernente la questione legittimità costituzionale del quinto periodo del comma 1 dell'art. 4 della legge federale sulla imposta sul reddito (*Einkommensteuergesetz*), sollevata dal *Bundesfinanzhof*, il *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*) ha dichiarato incompatibile con l'art. 3, comma 1, del *Grundgesetz* (*GG*), la norma che escludeva, dal calcolo della base imponibile dell'imposta sul reddito di impresa, i ricavi (e gli eventuali sovraprofiti) derivanti dalla vendita di terreni agricoli e che consentiva a qualunque imprenditore agricolo, al di là delle ragioni della vendita, di conservare intatti i profitti, discriminando così apertamente gli imprenditori commerciali in quanto esclusi da questa agevolazione.

In questa circostanza, per la prima volta, il *BVerfG*, riconoscendo di non potere dichiarare l'incostituzionalità della norma per l'ampio margine di apprezzamento discrezionale riconoscibile in capo al legislatore nel correggere l'iniquità della disposizione in oggetto, l'ha dichiarata meramente incompatibile con la legge fondamentale. Il *genus* della incompatibilità, fino a quel momento inesplorato, non trovava riscontro nella *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (*BVerfGG*), che, infatti, contemplava la sola nullità come effetto della declaratoria di incostituzionalità (artt. 31 e 78 *BVerfGG*). Eppure, le circostanze di fatto, unite alla effettiva necessità, avvertita dal Tribunale e dagli operatori giuridici, di discostarsi dal paradigma della nullità (e dal binomio nullità-validità) nelle molteplici circostanze in cui questa potesse produrre uno stato giuridico ancor più incostituzionale, hanno col tempo consolidato la giurisprudenza sulla *Unvereinbarerklärung* e ampliato notevolmente gli strumenti accessori a questo modello decisorio e, soprattutto, la casistica nella quale può trovare applicazione, conducendo da ultimo la dottrina a sostenere che tra *Unvereinbarerklärung* (incompatibilità) e *Nichtigerklärung* (nullità) sussista oramai un rapporto di regola a eccezione¹¹.

Se, fin dai primi anni di applicazione della decisione di incompatibilità, nessuno dubitava dell'*obbligo di riforma* (*Nachbesserungspflicht*) che incombeva sul legislatore quale effetto della

¹⁰ R. PINARDI, [La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività](#), in questa *Rivista*, 2015/I; R. ROMBOLI, L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 6.4.2015; N. FIANO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale tra dichiarazione d'incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale tedesca*, [ivi](#), 29.6.2016.

¹¹ BENDA/KLEIN (E. Benda, E. Klein) *Verfassungsprozessrecht*, 3a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2012, nota 1375, T. Barczak (cur.), *BVerfGG*, De Gruyter, Berlin, 2018, §86, 23 e ss.

sentenza¹², sul piano della efficacia della norma residuavano dubbi, discorrendosi inizialmente di “validità provvisoria” delle disposizioni dichiarate incompatibili, sicché, nel 1974, il *BVerfG* ha dovuto precisare che «*se viene solo accertata l'incostituzionalità di norme, ciò, dal punto di vista del diritto costituzionale ha lo stesso effetto della dichiarazione di nullità. La norma non può essere più applicata nella misura in cui risulta dal dispositivo e dal momento stesso in cui la decisione viene pronunciata*»¹³. È quest'ultimo l'effetto primario della dichiarazione di incompatibilità: l'*Anwendungssperre*, il blocco della applicazione della norma. Questa continua, infatti, ad esistere solo formalmente¹⁴, poiché nella realtà giuridica è fatto divieto agli organi federali di applicarla, di norma sino all'approvazione di una nuova regolamentazione da parte del legislatore¹⁵. Pertanto, i giudizi in corso su analoghe controversie (*Parallelfälle*) e i procedimenti amministrativi nei quali debba trovare applicazione la norma dichiarata incompatibile resteranno sospesi sino a quel momento¹⁶.

Tali sommarie considerazioni sono forse sufficienti, fin d'ora, per potere rilevare la vicinanza tra l'*Anwendungssperre* e l'effetto sostanziale di blocco dell'applicazione della disposizione in tutti i giudizi pendenti a seguito di ordinanza “di incompatibilità” della nostra Corte: come già è stato rilevato, difficile sarà per i giudici comuni che si trovino — nel periodo di *vacatio* determinato dall'ordinanza della Corte — a dovere applicare la norma incompatibile dissentire dalla Corte «fino al punto di ritenere addirittura manifestamente infondato il dubbio che la normativa non collimi con il quadro dei principi costituzionali e con il loro ragionevole bilanciamento»¹⁷. È difatti evidente come, dietro la continenza della Corte, nel suggerire ed incoraggiare la proposizione di questioni di costituzionalità analoghe, volte alla mera sospensione dei giudizi in corso — atteggiamento invero necessario in mancanza di alcuna previsione normativa, *de iure condito*, che consenta al giudice delle leggi di determinare un obbligo giuridico di sospensione della norma incompatibile, come avviene invece nel giudizio in via principale, *ex art. 35* della Legge n. 53 del 1987 — si celi quantomeno una aspirazione ad evitare che, in pendenza del giudizio di costituzionalità, continuino a trovare applicazioni le disposizioni censurate¹⁸.

¹² Cfr. T. Barczak (cur.), *BVerfGG*, cit., 133, 377 [423 ss.]; 139, 285 [316]. Il legislatore è in linea di principio obbligato a rimediare retroattivamente alla violazione costituzionale accertata, come emerge dalla più recente risoluzione del II Senato del *BVerfG* del 7 maggio 2013: «*In linea di principio, l'obbligo del legislatore di ripristinare una situazione giuridica conforme alla Costituzione si estende retroattivamente a tutto il periodo interessato dalla dichiarazione di incompatibilità e riguarda almeno tutte le decisioni non ancora definitive e basate sulla disposizione dichiarata incostituzionale (BVerfGE 87, 153 [158]; 99, 280 [298]; 107, 27 [58])*».

¹³ Si cita qui la traduzione della sentenza *BVerfGE 37,217 (262)* in G. CERRINA FERONI in *Giurisprudenza costituzionale e legislatore nella repubblica federale tedesca*, Giappichelli, Torino, 2022, 213. Si veda altresì *funditus* la succitata opera per la rigorosa trattazione della origine e degli ambiti applicativi della *Unvereinbarerklärung* sino al 2002.

¹⁴ *BVerfGE 72,9 (18)*. Cfr. A. VOBCHULE, in H. MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK (cur.), *GG*, 3° vol., Beck, Monaco, 2018, art. 93, par. 49; W. LÖWER, *Zuständigkeiten in un Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (cur.) *Handbuch des Staatsrecht*, 3° ed., C.F. Müller, Berlino, 2005, 120 e ss.

¹⁵ *BVerfGE 73, 40 (101); 87, 153 (178); 100, 59 (103); 117, 1 (70)*. Si veda altresì H. MAUER, *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, in H. SCHNEIDER, V. GÖTZ (cur.), *Festschrift für Werner Weber*, Duncker & Humboldt, Berlino, 1974, 368.

¹⁶ Afferma G. CERRINA FERONI in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., che i tribunali e le autorità amministrative dovranno quindi “attendere” (*abwarten*) che il legislatore abbia eliminato lo stato incostituzionale, citando la terminologia utilizzata, tra le altre, in *BVerfGE 36, 230 (235); 37, 154 (163)*. Si vedano altresì le più recenti *BVerfGE 126, 268 (285); 129, 49 (76); 139, 285 (316); 148, 147 (211)* cit. in Th. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE, (cur.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, vol. 3, C.H. Beck, München, 2020, 49.

¹⁷ G. SORRENTI, *Etwas Neues unter die Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore (in margine a Corte cost. ord. N. 207/2018, questione Cappato)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2018, 1111 e ss.

¹⁸ È la stessa Corte che, nell'[ord.](#) in esame, cita pedissequamente le sue parole dell'[ord. 207/2018](#): «*Negli altri giudizi, 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*».

Occorre, invero, rilevare come le vicinanze tra *Unvereinbarerklärung* e schemi decisorii affini all'ord. 132/2020 in esame si esauriscano, ad oggi, nell'obbligo di riforma — sul quale per vero la nostra Corte non è mai giunta alle esternazioni rinvenibili nella giurisprudenza del *BVerfG* sopracitata — e nel (sostanziale) blocco della applicazione della norma impugnata: l'espansiva giurisprudenza del *BVerfG* ha dato alla luce degli strumenti eccezionali, sconosciuti (e forse ancora alieni) al nostro diritto processuale, preordinati a derogare alla *Anwendungssperre* per un tempo limitato, ovvero a introdurre regole transitorie da accostarsi alla norma incompatibile.

Si tratta dei due strumenti del *Weitergeltungsanordnung* e del *Auffangregelung*, che ancora continuano a tenere vivo il dibattito dottrinale circa i confini della giurisdizione costituzionale del *BVerfG*.

Con il primo strumento, in deroga alla regola del blocco dell'applicazione, il Tribunale ordina, *a latere* della sentenza, che la norma dichiarata incompatibile continui a trovare applicazione sino ad una certa data; sicché la disposizione resta una valida base giuridica per il compimento di ogni atto successivo, ivi compresa la pronuncia di decisioni giurisdizionali, che altrettanto debbono essere considerate valide. Ciò significa, sul piano del processo costituzionale, che le parti nel giudizio *a quo* si vedranno rigettare la propria domanda, poiché la norma incompatibile continuerà ad avere applicazione¹⁹.

L'elemento peculiare in questo tipo di pronuncia consiste nel fatto che l'efficacia della norma nell'ordinamento non dipenderà più dalla lettera della legge, ma da un "ordine per la continuazione temporanea dell'applicazione" del *BVerfG*²⁰.

Il secondo strumento, *Auffangregelung*, si accompagna perlopiù al primo, giacché consiste nell'associazione, ad un *Weitergeltungsanordnung*, di un ordine di integrazione o modificazione della norma stessa, sotto il profilo contenutistico: la disposizione incompatibile sarà così da applicare per il periodo determinato e con le modificazioni determinate dallo stesso Tribunale nel dispositivo²¹.

Benché si continui a dubitare della esistenza, nel *BVerfGG*, di una norma che legittimi decisioni del genere di quelle descritte, il Tribunale ha, fin dal 1957²², ritenuto che il § 35 della legge, nella sua formulazione assai generica, autorizzasse ad adottare tutte le disposizioni necessarie al fine di «raggiungere, quanto ordinato, nel modo più giusto, rapido, più opportuno, più efficace»²³.

Il §35, che dispone «*Il Tribunale Costituzionale Federale può determinare nella sua decisione l'organo responsabile dell'esecuzione; può inoltre stabilire la forma dell'esecuzione nel caso concreto*», reca con sé infatti, secondo il *BVerfG*, un concetto di esecuzione (*Vollstreckung*) assai più ampio rispetto alla nozione fornita dalla dogmatica processualistica comune: esecuzione

¹⁹ Cfr. BENDA/KLEIN (E. Benda, E. Klein) *Verfassungsprozessrecht*, cit., 1402, che commentano la decisione in *BVerfGE* 113, 1 (28).

²⁰ Cfr. *BVerfGE* 91, 186 (207); 93, 37 (85); 115, 276 (317). Si veda altresì R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, JuS, 2011, 964.

²¹ Cfr. *BVerfGE* 84, 9 (22); Si veda altresì K. STERN (cur.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik*, in B. Ziemske, Th. Langheid, H. Wilms e G. Haverkate (curr.), *Festschrift für Martin Kriele*, C.H. Beck, Berlino, 1997, 427. Un apporto critico rispetto ad una "Notgesetzgebung auf Zeit", proviene da A. VOBKUHLE in H. von Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck (curr.), *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 3, C.H. Beck, München, 2020, 50.

²² Il Tribunale, in *BVerfGE* 6, 300 (304) precisa, infatti, che «*A norma dell'articolo 35 BVerfGG, il Tribunale Costituzionale Federale può determinare nella sua decisione l'organo responsabile dell'esecuzione; può inoltre stabilire la forma dell'esecuzione nel caso concreto. Per questo, il Tribunale adotta tutte le disposizioni necessarie per garantire validità alle sue decisioni conclusive del procedimento. La forma, il mezzo e il contenuto delle disposizioni di esecuzione dipendono da un lato dal contenuto sostanziale della decisione che deve eseguirsi e da un altro, dalle concrete relazioni che devono essere armonizzate con la decisione, in particolare dal comportamento delle persone, organizzazioni, autorità e organi costituzionali ai quali o contro i quali si dirige la decisione. Il concetto di esecuzione in questo caso "comprende tutti i mezzi necessari per creare quelle situazioni richieste per realizzare il diritto rivelato dal Tribunale Costituzionale Federale". L'articolo 35 del BVerfGG presuppone che le disposizioni da adottare per l'esecuzione della decisione si adottino nella stessa. Ciononostante, quando la necessità di tali disposizioni si manifesti successivamente, potranno adottarsi con una autonoma risoluzione del Tribunale. Però (il tribunale) non potrà modificare, completare o ampliare i termini della decisione di fondo*» [traduzione nostra]

²³ Si riporta qui la traduzione in G. CERRINA FERONI in *Giurisdizione costituzionale*, cit., 339.

costituzionale significherebbe, per dirla con le parole di Adolf Arndt²⁴, richiamate dallo stesso Tribunale, «l'insieme delle misure necessarie per creare i presupposti di fatto volti a dare realizzazione al diritto pronunciato dal Tribunale Costituzionale» o, ancor più puntualmente, secondo Lercheb²⁵ «uno strumento per far fronte alle conseguenze della decisione adottata».

Sulla base di tale peculiare nozione di esecuzione, il Tribunale ha ritenuto di potere ricondurre nella sfera applicativa del §35 anche quei tipi decisorii che, secondo la dogmatica processualistica comune, non sarebbero suscettibili di esecuzione: nell'ambito del diritto processuale costituzionale sarebbero ammissibili strumenti *lato sensu* esecutivi anche *a latere* di sentenze dichiarative o costitutive e anzi, come da più parti rilevato, sarebbe proprio l'ambito del controllo di costituzionalità (e, quindi, l'ambito delle sentenze dichiarative) quello in cui il Tribunale ha realizzato un'espansione della sua posizione di “padrone della esecuzione” (*Herr der Vollstreckung*), fino a giungere a lambire i confini della legislazione.

Tipici strumenti esecutivi *ex* §35, accostati a pronunce dichiarative e costitutive, sono proprio il *Weitergeltungsanordnung* e l'*Auffangregelung*, assieme allo *Übergangsanordnung*: della potenziale forza dirompente dei primi due si è detto sopra, sicché occorre adesso definire l'ultimo “ordine di esecuzione”. Per farlo, può richiamarsi, ancora una volta, un celebre caso posto all'attenzione del *BVerfG* nel 1993, concernente la costituzionalità della scriminante penale per interruzione di gravidanza, così come regolata dal legislatore federale: con una storica sentenza, il Tribunale ha dichiarato la nullità dei riformati §§ 218 a, comma 1, e 219 dello *Strafgesetzbuch*, poiché, nel bilanciare il diritto della madre all'autodeterminazione e il diritto alla vita del nascituro, attribuiva valore preminente al primo sul secondo, violando così la Costituzione. Il Tribunale però, considerando il pericoloso vuoto normativo derivante dalla caducazione delle norme penali in materia di aborto e, in particolare, la circostanza per cui la sentenza avrebbe di fatto reso non sanzionabile la condotta incostituzionale per un periodo potenzialmente illimitato, ha ritenuto di esercitare, in misura quantomai singolare, i poteri attribuitigli dal §35 *BVerfGG*, come interpretati nella sua stessa giurisprudenza.

Nel dichiarare la nullità delle norme suindicate, il Tribunale ha, dunque, disposto che queste restassero in vigore sino al 15 giugno 1993 e che, successivamente, si applicassero le norme non caducate della legge sulla gravidanza e l'assistenza alle famiglie (*Schwangeren und Familienhilfegesetzes*), congiuntamente – e questa è la misura che viene in rilievo – alla regolamentazione contenuta nei punti dal 2 al 9 della stessa sentenza. Con ciò il Tribunale ha sostituito le norme dichiarate nulle perché incostituzionali con una propria regolamentazione da applicarsi sino alla approvazione, da parte delle Camere, di una nuova legge quanto più conforme alle motivazioni della decisione²⁶. È questa la portata potenzialmente dirompente dello *Übergangsanordnung*, ossia l'introduzione di regolamentazioni provvisorie, sostitutive delle norme caducate e lasciate alla libera determinazione del Tribunale costituzionale. Del tutto, esemplare, dunque, è il caso testé analizzato, poiché il *BVerfG* vi giunge, potenzialmente superando il principio di legalità penale, ad introdurre fattispecie delittuose e cause di giustificazione con una propria sentenza²⁷.

²⁴ «Inbegriff aller Maßnahmen, die erforderlich sind, um solche Tatsachen zu schaffen, wie sie zur Verwirklichung des vom Bundesverfassungsgericht gefundenen Rechts notwendig sind.» A. ARNDT, *Das Bundesverfassungsgericht*, in *Detuscher Verwaltungsblatt*, 1952, 3, cit., in *BVerfGE* 6, 300 (303).

²⁵ «Weder unmittelbarer Entscheidungsvollzug noch mittelbare Durchsetzung des Entscheidungskonsequenzen, sondern Bewältigung der Folgen der respektierten Entscheidung ist der Kern der Sache.»

²⁶ Si riporta qui il *decisum* contenuto in *BVerfGE* 88, 203 (209): «Die Anträge im Verfahren 2 BvF 2/90, betreffend die verfassungsrechtliche Prüfung des § 218 b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 sowie des § 219 Absatz 1 Satz 1 des Strafgesetzbuches in der Fassung des Fünfzehnten Strafrechtsänderungsgesetzes vom 18. Mai 1976 (*Bundesgesetzbl. I Seite 1213*), sind erledigt. Gemäß § 35 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht wird angeordnet: (1) Das bisher nach Maßgabe des Urteils vom 4. August 1992 geltende Recht bleibt bis zum 15. Juni 1993 anwendbar. Für die Zeit danach bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung gelten in Ergänzung zu den Vorschriften des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes, soweit diese nicht durch Nummer 1. der Urteilsformel für nichtig erklärt worden sind, die Nummern 2 bis 9 dieser Anordnung.»

²⁷ Secondo Th. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE, (curr.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., vol. 2, § 35, par. 37, «La sentenza penale, probabilmente la più sensibile violazione della libertà del cittadino, non

3. Autonomia processuale del BVerfG e separazione dei poteri: ai confini della giurisdizione costituzionale.

L'analisi del modello decisionario dell'*Unvereinbarerklärung* (e dei suoi effetti principali, l'*Anwendungssperre* e il *Nachbesserungspflicht*), e degli strumenti esecutivi del *Weitergeltungsanordnung*, *Auffangregelung* e *Übergangsanordnung* appare rilevante per il costituzionalista proprio alla luce della genesi e dello sviluppo di queste fattispecie della giustizia costituzionale tedesca. Partendo dalle sentenze di incompatibilità, la dottrina rileva come questo modello possa definirsi una autentica invenzione del Tribunale costituzionale²⁸, introdotto, inopinatamente, nel silenzio della legge, dove, anzi, può dirsi che le norme sugli effetti delle decisioni contenute del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* siano assolutamente imperniate sul paradigma della incostituzionalità-nullità e che l'efficacia delle decisioni del *BVerfG* sia rigidamente predeterminata dalla legge.

Ciò non ha impedito però, come già detto, la nascita e la diffusione del modello alternativo dell'incompatibilità, da ultimo riconosciuto dal legislatore nella riforma del testo del *BVerfGG*. Deve anzi rilevarsi come oramai la *Unvereinbarerklärung* sia assunta a soluzione prevalente da adottarsi nei processi di incostituzionalità²⁹ in una serie numerosa di circostanze: oltre l'ambito applicativo "classico" della *Unvereinbarerklärung*, ossia i casi di violazione del principio di eguaglianza da parte del legislatore (ed in particolare le ipotesi di esclusione di talune categorie da un beneficio o un privilegio), il Tribunale pronuncia la mera incompatibilità di una norma rispetto al *GG*

- qualora vi siano una pluralità di opzioni possibili per rimediarevi (e più in generale qualora nella determinazione di *policies* residui un margine di discrezionalità del legislatore),

- qualora all'eliminazione della norma non consegua uno stato giuridico costituzionale ovvero «la tutela di beni giuridici garantiti dal diritto costituzionale necessiti per la sua efficacia una disciplina legislativa»³⁰,

- qualora l'esercizio di un diritto o libertà costituzionalmente garantito non possa essere esercitato senza disciplina legislativa o, da ultimo,

- nell'ipotesi in cui vi sia la necessità di evitare una situazione normativa di caos giuridico «o comunque di rischi per la stabilità finanziaria dello Stato, che potrebbero seguire ad una pronuncia di nullità» (*Chaos-Theorie*).³¹

Uno strumento eccezionale (perché nato come eccezione alla regola della nullità) con effetti altrettanto eccezionali (il blocco dell'applicazione anziché la caducazione *ex tunc*) si è così affermato nella prassi (e in assenza di una disciplina legislativa compiuta) come modello decisionario primario da preferirsi in una ottica di leale collaborazione e di dialogo con il legislatore. Deve, tuttavia, rilevarsi come un modello nato sotto questi migliori auspici, accostato agli strumenti esecutivi introdotti nel processo per incostituzionalità e legittimati dalla interpretazione estensiva del concetto di *Vollstreckung ex § 35* abbia gradualmente subito un'eterogeneità dei fini, rivelandosi un potente

si basava su una legge di cui era responsabile il Parlamento, ma su una sentenza della Corte costituzionale. Il terzo potere si è praticamente legittimato da solo.» (traduzione nostra).

²⁸ G. CERRINA FERONI in *Giurisdizione costituzionale* cit., 158, utilizza il termine "invenzione" o "*Erfindung*", riportando le parole di K. SCHLAICH in *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 3° ed., C.H. Beck, München, 1994, 228.

²⁹ Vi sono tuttavia circostanze in cui la regola deve rimanere la dichiarazione di nullità. Si tratta perlopiù di casi di grave violazione di diritti fondamentali [*BVerfGE* 120, 378 (432 ss)] cit. in Th. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHG, (curr.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., vol. 2, § 35, par. 45 a; e di violazione, da parte della normativa censurata, del primato del diritto dell'Unione Europea direttamente applicabile [LENZ/HANSEL (Ch. Lenz, R. Hansel), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2a ed., Nomos, Baden Baden, 2015, § 95 nota n. 62].

³⁰ Si citano qui testualmente le parole di G. CERRINA FERONI in *Giurisdizione costituzionale*, cit., 193.

³¹ Il tentativo di sistematizzazione dei casi di utilizzo della *Unvereinbarerklärung* si deve a G. CERRINA FERONI in *Giurisdizione costituzionale* cit., da 163 a 205. Si veda altresì: BENDA/KLEIN (E. Benda, E. Klein) *Verfassungsprozessrecht*, cit., nota 1393; K. SCHLAICH/ S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 11° ed., Beck, München, 2018, 401 ss.; LENZ/HANSEL, *BVerfGG*, cit., § 95 46, 63;

strumento di supplenza nelle mani del *BVerfG* rispetto al Parlamento tutte quelle volte in cui lo stesso Tribunale ritenga necessario intervenire, nelle more di una nuova disciplina legislativa, consentendo che la norma continui a trovare applicazione così come è stata formulata dal legislatore (*Weitergeltungsanordnung*) o con alcune modificazioni determinate dallo stesso *BVerfG* (*Auffangregelung*) o, addirittura, sostituendo completamente la norma dichiarata incostituzionale (o incompatibile, *Unvereinbar*) con una regolamentazione transitoria (*Übergangsanordnung*).

È certamente vero, come autorevole dottrina ha rilevato, che il § 35 non può intendersi come una delega in bianco al Tribunale³² e che «le competenze (esecutive) del *BVerfG* sono integrate nella delicata rete di relazioni dello Stato costituzionale di diritto, che prevede una pluralità di organi statali di diversa struttura e funzione, senza attribuire ad uno di essi un peso determinante o addirittura preponderante»³³; tuttavia, un tentativo efficace di disegnare i confini funzionali della giurisdizione costituzionale per limitare l'invasione nel campo del legislatore non può, come taluna dottrina ha segnalato, fondarsi sulla teoria metagiuridica del *judicial self-restraint*, che equivarrebbe a spostare il problema dall'ambito della dogmatica del diritto costituzionale e del metodo giudiziale all'ambito dell'*ethos* del giudice³⁴. Definire i confini della necessaria astensione del giudice è un'impresa complessa, non oggettivabile, «con la conseguenza che vi sarebbe una autolimitazione secondo una logica del caso per caso e di valutazioni meramente soggettive, cioè per impeto morale ma senza un principio dimostrabile»³⁵. Affidare alla autolimitazione giudiziale i confini stessi della giurisdizione costituzionale significherebbe attribuire al giudice una *Kompetenz-Kompetenz* illimitata, che ha come unico freno la valutazione soggettiva e casistica dell'impatto della decisione sulla realtà giuridico-costituzionale: circostanza, questa, che si verifica anche nell'ipotesi in cui la dottrina avalli l'utilizzo di talune forme decisorie e strumenti da utilizzarsi solo in ragione della gravità del *vulnus* ai diritti fondamentali e alle potenziali conseguenze della permanenza di un atto o fatto giuridico nell'ordinamento.

Nell'ordinamento tedesco, la questione dei confini della giurisdizione costituzionale è strettamente legata alla ermeneutica del § 35 e alla sua espansione giurisprudenziale: la norma in oggetto è unanimemente ritenuta la disposizione più problematica del *BVerfGG* poiché tocca al cuore la giustizia costituzionale, che, dalla sua interpretazione, ne dipende in gran parte. Peraltro, i poteri che il Tribunale ostenta ai sensi § 35 sono oramai riconosciuti e tollerati, in ragione dell'uso prudente che il Tribunale ne ha fatto nel corso degli anni e della lettura restrittiva e costituzionalmente orientata che la dottrina ne ha fatto: in alcun modo il Tribunale è pervenuto a poterne fare un uso finalizzato a invertire l'ordine di competenze stabilito nel *GG*³⁶.

4. Un nuovo diritto processuale costituzionale per un nuovo equilibrio tra poteri? Considerazioni conclusive

Nel dibattito italiano, il tema dei confini della giurisdizione costituzionale è, invece, tornato quantomai vivo, anche alla luce delle più recenti pronunce della Corte costituzionale: partendo dalla celebre sent. [1/2014](#), passando per la cd. [sent. Robin Tax](#), per il più recente [caso Cappato](#), per giungere all'ord. [132/2020](#), la dottrina si interroga intensamente sulla portata della autonomia processuale della Corte e sulla interpretazione, sempre più libera, delle norme che regolano il processo costituzionale³⁷.

³² J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden-Baden 1980, 233.

³³ K. HESSE, *Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Jahrbuch der Öffentlichen Recht*, n. 46 (1998), 10.

³⁴ Si cita qui G. CERRINA FERONI in *Giurisdizione costituzionale*, cit., 377.

³⁵ *Ibidem*

³⁶ Cfr. Th. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE (curr.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., vol. 2, §35, par. 7.

³⁷ La questione è, invero, immanente alla essenza stessa della giurisdizione costituzionale: tanto la Corte, quanto la dottrina si sono interrogate, fin dall'avvento della Costituzione repubblicana, circa i confini del giudizio di costituzionalità e le relazioni tra legislatore. La dottrina, sul punto, è sterminata. *Ex multis* si veda: N. TRANFAGLIA, *Per una storia politica*

Da ultimo, proprio la conferma, nell'[ord. 132/2020](#) del modello decisorio introdotto con [ord. 207/2018](#), ha suscitato non poche reazioni. Sembra, dunque opportuno, dopo aver cercato di fornire elementi per una comparazione del modello italiano dell'ordinanza di rinvio a data fissa con la *Unvereinbarerklärung* (con particolare attenzione alla giurisprudenza costituzionale e al dibattito dottrinale tedeschi sull'espansione degli strumenti esecutivi *ex § 35 BVerfGG a latere* delle decisioni di incompatibilità e di incostituzionalità), prendere in considerazione più da vicino l'esperienza italiana (anche tramite suggestioni evolutive derivanti dalla comparazione e in prospettiva *de iure condendo*).

La dottrina più avveduta ha posto in rilievo come, se «grazie alla invenzione della nuova tecnica decisoria sarà possibile far luogo ad interventi ancora più incisivi e pressanti nei confronti del legislatore»³⁸, tale tecnica decisoria appaia tuttavia «debordante dal quadro degli strumenti predisposti e foriera di inconvenienti»³⁹. A seguito della medesima iniziativa della Consulta, si è ancora sostenuto che essa abbia integrato un'anomalia senza precedenti e «senza alcuna base nelle norme costituzionali e primarie che regolano il processo costituzionale»⁴⁰. Ora, guardando all'esperienza tedesca, invitano senz'altro ad una seria riflessione circa i futuri sviluppi delle forme decisorie e delle relazioni tra Corte, legislatore e giudice comune: infatti, particolarmente, sul piano delle decisioni di incompatibilità, il vincolo di riforma che ricade sul legislatore (*Nachbesserungspflicht*), il blocco dell'applicazione della norma incompatibile (*Anwendungssperre*) e i poteri manipolativi delle disposizioni oggetto del giudizio (*Weitergeltungsanordnung*, *Auffangregelung*, *Übergangsanordnung*) mostrano una espansione dei poteri del *BVerfG* operata, se non *contra legem*, almeno attraverso un'interpretazione estensiva e abbastanza critica della legge che regola il processo costituzionale (*BVerfGG*), almeno nella misura in cui possa pregiudicare le competenze del potere legislativo e giudiziario, evocando forse così la nascita di uno Stato giurisdizionale⁴¹.

Occorre, tuttavia, innanzitutto, osservare che, pur considerate unitamente in ragione dell'attenzione del presente studio ai profili più squisitamente processuali del modello decisorio in analisi, non s'ignora come le due ord., [207 del 2018](#) e [132 del 2020](#), presentino profili radicalmente differenti con riguardo alla questione di diritto, al *petitum* e quindi all'attività cassatoria astrattamente richiesta alla Corte: l'ord. [207/2018](#) mira alla sottrazione di un fascio di condotte dall'ambito della norma penale *sub iudice*, mentre l'ord. [132/2020](#) valuta come sproporzionata la pena sancita dalla legge penale per il reato di diffamazione a mezzo stampa. Ciò premesso, lungi dal voler valutare le modalità di esercizio della autonomia processuale della Corte con riguardo a due questioni empiricamente differenti (e che in passato, nella giurisprudenza della Consulta, hanno trovato

della Corte costituzionale, in Id. (cur.), *Dallo stato liberale al regime fascista*, Feltrinelli, Milano, 1973; E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1996, 34 ss.; G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale e la sua partecipazione alla funzione di indirizzo politico dello Stato nel presente momento storico*, in *Jus*, I-II/1967, 109 e ss.; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Giuffrè, Milano, 1962, 966 ss.; R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi (curr.), *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006; S. RODOTÀ, *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1988, 492 ss.; C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Laterza, Roma, 1984, 139 ss.; T. ANCORA, *La Corte costituzionale e il potere legislativo*, in *Giur. cost.*, 1987; P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giur. cost.*, 1957; V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, IV, 129.

³⁸ A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale \(a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato\)](#), cit., 573.

³⁹ A. RUGGERI, [Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda](#), in questa *Rivista*, 2019/I, 108.

⁴⁰ Sono queste le affermazioni, motivate peraltro, soprattutto, in ragione del tema, di G. RAZZANO, *Sulla relazione fra l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in [Dirittifondamentali.it](#), n.2/2019.

⁴¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz: erweiterte Fassung eines Vortrages gehalten in der Carl Friedrich von Siemens Stiftung am 19. Oktober 1989*, in *Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung*, München-Nymphenburg, 1990, 61 e ss.; A. VOBKUHLE in H. von Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck (curr.), *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., 93.

soluzioni differenti sul piano delle tecniche decisorie⁴²), il nostro obiettivo mira piuttosto ad inquadrare il modello decisorio a doppia pronuncia scervo al possibile da valutazioni attinenti al merito delle relative controversie. D'altronde, è la stessa Corte che, nel motivare le ragioni dell'applicazione, nell'[ord. 132](#), del medesimo modello decisorio introdotto nel [2018](#), pone in rilievo la centralità della discrezionalità del legislatore nella ponderazione di interessi contrapposti⁴³ e riporta testualmente le motivazioni contenute nel considerato in diritto n.10 dell'[ord. 207](#).

Ma, ciò che sembra maggiormente rilevare, e che, quantunque il modello della *Unvereinbarerklärung* sia ad essa ben noto⁴⁴, la Corte, con saggia cautela, si astiene dal richiamarlo espressamente, probabilmente proprio al fine di esorcizzare il sospetto di volersi avviare su un percorso analogo a quello del *BVerfG*.

Per altro verso, il livello di attivismo giudiziale del Tribunale costituzionale federale tedesco sembra al momento irraggiungibile dalla nostra Corte, giacché, particolarmente, fattori attinenti alle rispettive competenze rendono assai significative le discontinuità tra i due giudici costituzionali⁴⁵. Ciò che, unitamente alla differente conformazione delle norme di rango primario che disciplinano il processo costituzionale, rende differenti i modelli processuali e quindi la conformazione delle due giurisdizioni costituzionali. Il *BVerfGG*, infatti, disciplina in forma dettagliata gli effetti delle decisioni del Tribunale, il procedimento decisionale, i poteri cautelari, le peculiarità dei differenti procedimenti costituzionali, non senza, tuttavia, presentare talora formulazioni decisamente generiche, ponendosi così all'origine di quella duttilità interpretativa che ha consentito al *BVerfG* di introdurre fattispecie nuove, anche potenzialmente confliggenti con la lettera delle norme.

Ampliando, per converso, lo spettro della comparazione, la tendenza a "smarcarsi" dallo stringente binomio accoglimento-rigetto e ad ampliare sia gli strumenti di gestione del processo costituzionale, sia i modelli decisori, appare senza dubbio una tendenza oramai risalente della giustizia costituzionale europea. L'esperienza spagnola della *simple inconstitucionalidad* e la paradigmatica STC 146/2013, che ha fissato per la prima volta un termine, pari ad un anno, al legislatore entro cui provvedere alla riforma di una disciplina ritenuta confligente con la Costituzione,⁴⁶ è una conferma di quello che

⁴² Si veda, per esempio [la sent. 27/1975](#), concernente la regolazione delle condotte di interruzione volontaria di gravidanza, in cui la Corte, ritenendo di dovere sottrarre dal fascio delle condotte incriminate dall'articolo 546 c.p la condotta interruttiva della gravidanza della donna, non caratterizzata dagli elementi della attualità e immediatezza del danno alla salute, dichiara l'incostituzionalità della norma *de qua* «nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato ... e non altrimenti evitabile, per la salute della madre».

⁴³ È la stessa Corte che pone al centro delle argomentazioni a favore dell'utilizzo della tecnica decisoria, nel momento in cui afferma: «Il compito naturale di questa Corte è quello di verificare *ex post*, su sollecitazione dei giudici comuni, la compatibilità delle scelte compiute dal legislatore con la Costituzione (ordinanza n. 207 del 2018) [...]. Un compito al quale anche in questa occasione questa Corte non può e non intende sottrarsi, ma che – rispetto alle possibilità di intervento di cui dispone il legislatore – sconta necessariamente la limitatezza degli orizzonti del devolutum e dei rimedi a sua disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisori (enfasi aggiunta); con il connesso 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 (per analoghe preoccupazioni, si veda ancora l'ordinanza n. 207 del 2018).»

⁴⁴ Esempi ne sono lo studio del SERVIZIO STUDI DELLA CORTE, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, Roma, 2018 (a cura di M. T. Rörig), come anche la circostanza per cui Augusto Barbera, oggi giudice costituzionale, auspicasse, in un commento alla [sent. 70/2015](#), l'introduzione della dichiarazione di incompatibilità (A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in [Rivista AIC](#) 2015 n. 2, 4, 5.); analogamente lo stesso giudice relatore, Franco Modugno, fin dagli anni Ottanta: F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 153.

⁴⁵ Si pensi alla presenza della *Verfassungsbeschwerde* tra le competenze del *BVerfG* e alla posizione così riservata al giudice costituzionale nella tutela dei diritti fondamentali, quale giudice di ultima istanza con la competenza di riformare gli atti degli altri poteri dello Stato; ancora, alla dichiarazione della incostituzionalità dei partiti politici *ex art. 21*, comma 2, del GG.

⁴⁶ Cfr. Tribunal Constitucional de España, STC 146/2013 «*para cohonestar por un lado la exigencia procedimental del informe previo de la Comunidad Autónoma de Canarias, que viene establecida directamente por la Constitución, y, por otro, los propios intereses de la Comunidad Autónoma de Canarias, que podrían experimentar un perjuicio derivado de vacíos normativos, la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad debe quedar diferida por el plazo*

può, a ragion veduta, definirsi un autentico crittotipo della giustizia costituzionale, la pronuncia di incompatibilità. Si è cioè in presenza del tentativo di innovare le tecniche decisorie al fine di contemperare le esigenze di tutela effettiva e tempestiva dei diritti fondamentali avviliti dalla norma incostituzionale e solerte “seguito” delle decisioni del giudice costituzionale con il rispetto del “privilegio del legislatore” e della sua discrezionalità politica nella determinazione di nuove discipline normative. E a tale *trend* non si è sottratta, come già considerato, neanche la Corte costituzionale italiana.

Circa il potenziale risvolto patologico consistente specialmente nel rischio dell’invasione della discrezionalità costituzionalmente garantita del legislatore, ma anche l’autopoiesi di nuovi imprevisi poteri gravanti su regime delle norme sottoposte a giudizio, sembra finalmente di poter indicare l’antidoto di una revisione costituzionale, che specifichi e limiti i poteri di gestione degli effetti delle decisioni della giurisdizione costituzionale⁴⁷, e, su altro, certamente incommensurabile piano, il lavoro dottrinale⁴⁸, teso a definire i confini di un tale modello decisorio, assieme alle ipotesi (quanto più eccezionali) in cui poterlo adoperare.

D’altro canto, non deve neanche più di tanto sorprendere che il diritto processuale costituzionale tenda sempre di più a riflettere le esigenze del diritto sostanziale⁴⁹: se è vero, infatti, che «una disciplina del processo costituzionale la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte 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»⁵⁰, è anche vero che l’anima intrinsecamente politica⁵¹ del giudice costituzionale deve sempre essere messa in conto nelle valutazioni sul suo operato e che troppo spesso (e sempre più) la Corte costituzionale, come i tribunali costituzionali dei paesi più vicini, si trovano a colmare omissioni e lacune del potere legislativo. Di qui quell’attività creativa di tecniche decisorie nuove, comprensibili solo alla luce di quel carattere di supplenza del decisore politico che il giudice costituzionale, di buon grado o suo malgrado, non infrequentemente è chiamato ad esercitare⁵².

de un año, plazo que se considera razonable para que, en su caso, se sustituyan las normas declaradas nulas una vez observado el procedimiento constitucional del informe previo emitido por el poder legislativo de la Comunidad Autónoma de Canarias»

⁴⁷ L’esperienza austriaca è in questo senso paradigmatica. La costituzione federale contempla una articolata tipologia di strumenti per modulare gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Cfr. G. CERRINA FERONI, *La giurisdizione costituzionale*, cit., 215, nota 161.

⁴⁸ Cfr. R. ROMBOLI, che sostiene (*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 *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, Giappichelli, Torino, 2017, 24) come la dottrina abbia 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 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».

⁴⁹ Così M. RAVERAIRA (*Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 140), peraltro, in senso critico rispetto alle tendenze della giurisprudenza della Corte.

⁵⁰ A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. Bessone (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996, 133.

⁵¹ Si intendono riportate qui le persuasive riflessioni di A. SPADARO in *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in Federalismi.it, 5/2017.

⁵² *Ibidem*, 14.

Enrico Albanesi

Abbiam fatto quindici, possiam fare anche sedici...

Sull'approvazione della legge di autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 15 alla CEDU da parte dell'Italia (e sulle prospettive del Protocollo n. 16)*

ABSTRACT: *The article analyses Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. At last, an Act passed by the Italian Parliament has just authorised Italy's ratification of the Protocol. It is argued here that the Italian Parliament should now authorise also the ratification of Protocol No. 16 to the Convention.*

SOMMARIO: 1. La legge di autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 15 (legge 15 gennaio 2021, n. 11): le ragioni del suo ritardo e, finalmente, il superamento della situazione di stallo. – 2. I contenuti del Protocollo n. 15. – 3. Le prospettive di autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16.

1. La legge di autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 15 (legge 15 gennaio 2021, n. 11): le ragioni del suo ritardo e, finalmente, il superamento della situazione di stallo.

Con legge 15 gennaio 2021, n. 11¹, le Camere hanno autorizzato il Presidente della Repubblica alla ratifica del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)².

Il Protocollo, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013, entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui tutte le Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo: ebbene, ad oggi, è proprio la ratifica della sola Italia a mancare, così che la legge di autorizzazione ha finalmente rimosso l'impedimento giuridico (e politico) perché alla ratifica e, quindi, all'entrata in vigore si possa ora giungere.

L'approvazione della legge di autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 15 può essere l'occasione per riflettere sulle ragioni per cui l'Italia abbia per così tanto tempo impedito, con la propria mancata ratifica, che si completasse il meccanismo per l'entrata in vigore del Protocollo n. 15, ormai prossimo a definirsi e su cosa abbia finalmente consentito di superare la situazione di stallo; per commentarne i contenuti (cfr. *infra* par. 2); e, alla luce di tutto ciò, per guardare ora ad un altro Protocollo alla CEDU in attesa di autorizzazione alla ratifica da parte delle Camere (il Protocollo n. 16) (cfr. *infra* par. 3).

Gli ostacoli alla ratifica del Protocollo n. 15 non hanno riguardato, per vero, profili particolarmente controversi dal punto di vista giuridico (salvo alcuni rilievi piuttosto circoscritti, come si dirà *infra* nel par. 2) o politico. L'impedimento maggiore è derivato dal fatto che le disposizioni di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione dello stesso Protocollo erano contenute in un disegno di legge³ che, al suo interno, conteneva anche le disposizioni di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione di un altro protocollo, ben più controverso: ossia il Protocollo n. 16, volto all'introduzione di un parere (non vincolante) che le più alte giurisdizioni degli Stati contraenti sarebbero facoltizzate a

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del Regolamento della Rivista.

¹ Cfr. G.U. n. 34 del 10 febbraio 2021.

² Cfr. [Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentale.](#)

³ Cfr. XVIII legislatura, A.C. 1124, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013; e del Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013.*

chiedere a Strasburgo su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla CEDU o dai suoi protocolli⁴.

Sul Protocollo n. 16, infatti, si sono appuntate forti critiche sia in sede dottrinale⁵, sia in sede politica⁶ così che la trattazione congiunta dei due Protocolli, che doveva fungere da “traino” del Protocollo n. 16 grazie all'urgenza di giungersi alla ratifica del Protocollo n. 15, ha finito, invece, per costituire un freno alla celere approvazione dell'autorizzazione alla ratifica e dell'esecuzione di quest'ultimo.

Si comprende, pertanto, perché la situazione di stallo sia stata finalmente superata nel momento in cui si è deciso di “separare i destini” dei due Protocolli, approvando le Commissioni riunite II e III della Camera il 23 settembre 2020 un emendamento che ha espunto dal disegno di legge le parti riguardanti l'autorizzazione alla ratifica e l'esecuzione del Protocollo n. 16⁷.

2. I contenuti del Protocollo n. 15.

Il Protocollo n. 15 va sostanzialmente ad innovare la Convenzione in cinque punti⁸.

In primo luogo, esso mira all'introduzione, alla fine del *Preambolo*, di un nuovo *Considerando*, contenente un riferimento al principio di sussidiarietà ed a quello del margine di apprezzamento del seguente tenore: «Affermando che spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione».

In secondo luogo, si va a disporre che i candidati alla carica di giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo devono avere meno di sessantacinque anni di età alla data in cui la lista di tre candidati, presentata da un'Alta Parte contraente, deve pervenire all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (art. 21, paragrafo 2, CEDU). È, altresì, abrogata la disposizione di cui all'art. 23, paragrafo 2, secondo cui il mandato dei giudici termina al raggiungimento dei settanta anni di età. Per effetto della durata novennale del mandato, il limite massimo d'età sarà dunque di fatto ora di settantaquattro anni.

In terzo luogo, con riguardo alla rimessione di una questione alla Grande Camera ai sensi dell'art. 30 della Convenzione, si elimina il diritto delle parti di opporsi ad essa.

In quarto luogo, si riduce da sei a quattro mesi dalla sentenza definitiva nazionale il termine entro il quale un ricorso può essere presentato alla Corte (art. 35, paragrafo 1).

⁴ Cfr. *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, al cui proposito, guardandosi all'istituto del parere in particolare dalla prospettiva della Corte costituzionale, sia consentito il rinvio a E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021

⁵ Cfr. in particolare R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 4, 642, M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU. Appunti per l'audizione innanzi la 2a Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati (26 novembre 2019)*, in *Sistema Penale*, 2019 e G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 5.

⁶ Cfr. XVIII legislatura, Camera dei deputati, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, Commissioni riunite II e III, resoconto sommario, seduta 4 marzo 2020, 25 ss. nonché seduta 29 luglio 2020, 7 ss. Si veda altresì XVIII legislatura, Camera dei deputati, Resoconto stenografico, seduta 30 settembre 2020, 20 ss.

⁷ Cfr. XVIII legislatura, A.C. 1124-35-A, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013*.

⁸ Volendo, cfr. anche E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU*, cit., specie Capitolo 4, paragrafo 10.

Infine, con riguardo ai casi in cui la Corte EDU dichiara irricevibile un ricorso, ove il ricorrente non abbia subito un pregiudizio importante ai sensi dell'art. 35, paragrafo 3, lett. b) (disposizione, quest'ultima, espressione del principio *de minimis non curat praetor*), si rimuove una condizione limitativa dell'applicazione del principio stesso, eliminandosi l'inciso «a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno».

Anche nei confronti del Protocollo n. 15 sono state, peraltro, espresse, da parte della dottrina italiana, alcune riserve circa l'opportunità della ratifica⁹.

Quanto alla menzione del principio di sussidiarietà nel *Preambolo* della Convenzione, la critica maggiore viene da quanti hanno sottolineato come tale principio non si limiti ad attrarre le competenze decisionali verso il basso, ma le attiri anche verso l'alto, ogni volta ciò sia richiesto dalle esigenze di miglior funzionamento del sistema: con la paventata conseguenza, si è detto, che ciò consentirebbe agevolmente alla Corte EDU di attrarre a sé competenze decisionali, dato che, in fin dei conti, «a decidere del concreto “verso” della sussidiarietà è chi sta in alto e al centro»¹⁰.

Sulla stessa lunghezza d'onda stanno, poi, i rilievi di coloro che hanno ritenuto che la “codificazione” del principio attraverso il Protocollo n. 15 condurrebbe all'introduzione di un principio di sussidiarietà costruito secondo un'accezione, quella propria della “sussidiarietà comunitaria” (*rectius* dell'Unione europea) estranea alla logica del sistema convenzionale, dove vige al contrario una diversa nozione di sussidiarietà (definita come sussidiarietà “in termini corretti”): con la conseguenza che si perverrebbe ad una situazione in cui «gli Stati saranno non più titolari del dovere di assicurare per primi la protezione, ma titolari del diritto di valutare come fare ciò»¹¹.

Ora, è vero che il principio di sussidiarietà in sede di Unione europea (quale principio che, effettivamente, *attira verso l'alto competenze attribuite al basso*, ove ciò sia maggiormente funzionale¹²) è differente rispetto al principio di sussidiarietà così come oggi accolto nel sistema convenzionale, che si caratterizza per *l'attribuzione in primo luogo agli Stati* del compito di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione¹³. Nel primo caso, dato il grado di maggior sviluppo raggiunto da tale ordinamento, il principio di sussidiarietà si atteggia infatti a

⁹ Nella letteratura internazionale, per alcune notazioni sui vari istituti coinvolti dalle modifiche alla Convenzione che verrebbero apportate dal Protocollo n. 15 cfr. L.R. GLAS, *From Interlaken to Copenhagen: What Has Become of the Proposals Aiming to Reform the Functioning of the European Court of Human Rights?*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 20, No. 1, 2020, *passim*. Più in particolare, sulla menzione del principio di sussidiarietà nel *Preambolo* della CEDU ad opera del Protocollo n. 15, cfr. S. BESSON, *Subsidiarity in International Human Rights Law – What is Subsidiary about Human Rights?*, in *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 16, No. 1, 2016, specie 103 s., la quale richiama le tesi di quanti hanno prospettato come la menzione del principio di sussidiarietà potrebbe costituire il fondamento di un controllo della CEDU sul rispetto del principio stesso, ritenendole tuttavia problematiche (in quanto il principio, ove applicato al contesto della protezione dei diritti umani, mal si presta ad essere oggetto di un controllo “istituzionalizzato”).

¹⁰ Cfr. M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, cit., 4. Analogamente, cfr. F. VARI, *Le prospettive di riforma del sistema CEDU. Ancora a proposito dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione di Roma*, in [Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale](#), in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, III, Consulta OnLine, Genova, 2020, 435 s.

¹¹ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2015, 93.

¹² Cfr. art. 5 TUE, ai sensi del quale «La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità» (paragrafo 1) e «In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione» (paragrafo 2).

¹³ Cfr. M. DE SALVIA, *Osservazioni in tema di ratifica dei protocolli n° 15 et n° 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU): tracce sintetiche* [reperibile tra i *Documenti acquisiti* della seduta del 12 febbraio 2019 delle Commissioni riunite II e III della Camera dei deputati in sede di Audizioni informali in occasione dell'esame dell'A.C. 1124 sulla Ratifica del Protocollo n. 15 e del Protocollo n. 16], 2019, 5.

sussidiarietà “competitiva”, poiché riguarda il concreto esercizio di competenze da parte dell’Unione nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, ove ciò si riveli maggiormente funzionale; invece, nel sistema convenzionale, ancora caratterizzato da moduli di diritto internazionale “puro”, tale principio assume la veste di sussidiarietà “complementare”, in quanto, come detto, i poteri di intervento della Corte EDU sono confinati alle sole circostanze in cui le autorità nazionali si siano mostrate inidonee ad assicurare la tutela effettiva dei diritti garantiti dalla CEDU¹⁴.

Tali critiche appaiono, tuttavia, eccessive perché non sembra che la “codificazione” nel *Preambolo* di tale principio (di cui non va dimenticato, come si è ricordato, è già oggi espressione l’art. 35 della CEDU il quale dispone la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne) possa comportare *per ciò solo* la trasformazione dell’obbligo degli Stati di assicurare per primi la protezione dei diritti convenzionali in diritto di valutare come fare ciò e dunque l’automatico recepimento di un’accezione del principio di sussidiarietà *radicalmente* diversa da quella attuale (come, peraltro, “caldeggiato” in sede politica dai alcuni Stati membri)¹⁵. Se, infatti, è probabile che taluni effetti giuridici discenderanno dalla “codificazione” del principio di sussidiarietà (in quanto si passerà da una sua matrice giurisprudenziale ad una “legislativa”), ciò non avverrà in modo tale da porre nel nulla gli obblighi assunti dagli Stati al momento dell’adesione alla Convenzione¹⁶, specie se a tale principio si guarda nell’ottica del dialogo tra Corte EDU e Stati¹⁷ e dunque, tra l’altro, in fin dei conti, nella prospettiva del Protocollo n. 16.

Quanto all’età dei giudici, si è detto che, sebbene il Protocollo n. 15 migliori le attuali disposizioni sull’età massima, «non lo fa con la dovuta decisione», poiché non si rimuove in radice ogni limite¹⁸. *Ratio* di tale innovazione è quella, come si legge nella *Relazione illustrativa* al disegno di legge A.C. 1124, di consentire a giudici altamente qualificati di rimanere in carica l’intero periodo di nove anni (rafforzandosi così la coesione dei membri della Corte): ciò che non sempre è oggi possibile alla luce dell’attuale disposizione dell’art. 23 della Convenzione (che quindi verrebbe abrogato), dal momento che esso tronca mandato dei giudici al raggiungimento dell’età di settant’anni, statuendo la loro decadenza ed impedendo il completamento del loro mandato. Per tale ragione, sembra trattarsi di un’innovazione in ogni caso positiva rispetto all’attuale previsione del limite d’età (forse

¹⁴ Cfr. *Memorandum of the President of the European Court of Human Rights to the States with a view to preparing the Intelaken Conference*, para. III. B.2. Sul modo differente di atteggiarsi del principio di sussidiarietà nel sistema convenzionale rispetto a quello accolto nel sistema dell’Unione europea, cfr. J. LAFFRANQUE, *Intervento*, in *Subsidiarity: a two-sided coin?*, European Courts of Human Rights, Strasbourg, 2015, 10, la quale nota come «whereas the EU concept places a limit on EU action where the EU goals in issue can be successfully achieved at local level, the Convention principle has a primarily positive perception in relation to the Contracting Parties».

¹⁵ Si è parlato di connotazione *irenica* della sussidiarietà (nel senso “proprio” che emerge dalla giurisprudenza convenzionale attuale) e di connotazione *polemica* della stessa, che è quella che avrebbe preso corpo negli ultimi anni in sede politica (quale resistenza alla giurisprudenza della CEDU e adozione di soluzioni politiche ufficiali a favore di un contenimento di un suo ruolo). Così D. TEGA, *Corte EDU: dinamiche processuali e politica*, in R. Romboli-A. Ruggeri (a cura di), *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino, Giappichelli, 2019, 14.

¹⁶ Si veda un’acuta analisi di tali possibili effetti giuridici in S. CASSESE, *Ruling Indirectly Judicial Subsidiarity in the ECTHR*, in *Subsidiarity: a two-sided coin?*, cit., specie 12 ss. *Contra*, A. NUBBERGER, *Comments on Sabino Cassese’s paper “Ruling Indirectly – Judicial Subsidiarity in the ECTHR”*, *ivi*, 19 ss. Cauti da questo punto di vista sono E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Sesta edizione, Torino, Giappichelli, 2018, 395 s., i quali notano come è presto per dire se dalla codificazione del principio di sussidiarietà deriverà un minor spazio per l’attività interpretativa della Corte EDU rispetto agli Stati, perché ciò «dipenderà in larga misura dall’interpretazione che anche di questa parte del preambolo verrà data, in primo luogo dalla Corte stessa».

¹⁷ In tale ottica cfr. J-M. SAUVÉ, *Intervento*, e P. LEMMENS, *Reply to the statements by Mr Juean Marc Sauvé*, in *Subsidiarity: a two-sided coin?*, cit., specie 29 ss. e 34.

¹⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l’autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, cit., 3.

giustificabile fino al 2010 quando il mandato dei giudici era rinnovabile, ma non più oggi¹⁹) accompagnata dall'assenza di limite anagrafico al momento della candidatura.

Quanto alla eliminazione del diritto delle parti ad opporsi alla rimessione alla Grande Camera, è stato sottolineato come in tal modo si rimetterebbe la rimessione alla decisione della Camera semplice (un'eventualità non «propriamente un bell'esempio di garantismo processuale in una normativa sui diritti umani»²⁰); finendosi per imporre alle parti una rinuncia al doppio grado di giudizio (nello specifico, quello della Camera semplice in prima istanza), in contrasto con il principio costituzionale del doppio grado di giudizio²¹. Si è, per contro, osservato trattarsi di una disposizione necessaria nell'ottica di velocizzare ed economicizzare i tempi di decisione: nelle ipotesi in cui appaia necessario creare uniformità giurisprudenziale, infatti, la rimessione d'ufficio ad opera della Camera eviterebbe di far esprimere quest'ultima sul merito prima che si sia pronunciata la Grande Camera²². In ogni caso, si è detto, le ragioni del ricorrente saranno comunque valutate attentamente, se pur in grado unico, da una Grande Camera composta da diciassette e non solo sette giudici²³.

Quanto alla riduzione del termine, si è censurata la sua eccessiva brevità, tale da aumentare il numero delle dichiarazioni di irricevibilità dei ricorsi, specie a fronte dell'«esasperato formalismo» della Corte EDU in sede di vaglio preliminare di ammissibilità²⁴. Si è, però, obiettato, da un lato, che tale novità avrà l'effetto di velocizzare i tempi di decisione²⁵; e, dall'altro, che, in ogni caso, la prassi interpretativa e la rigidità di stampo burocratico che caratterizza le istruzioni per la compilazione del ricorso sono suscettibili di cambiamento²⁶.

3. Le prospettive di autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16.

Ora v'è chi teme che la decisione di “separare i destini” dei due Protocolli possa aver rappresentato l'“estremo saluto” al Protocollo n. 16²⁷, anche se la circostanza sembra, invece, aver offerto l'occasione d'intervenire a più d'una voce favorevole alla ratifica del Protocollo n. 16²⁸ e, soprattutto, costituito un volano per un rinnovato dibattito intorno alle ragioni giuridiche che dovrebbero militare per la sua ratifica.

D'altronde, gli argomenti giuridici contrari alla ratifica del Protocollo n. 16 (l'incidenza del parere sulla sovranità degli Stati; la limitazione della discrezionalità interpretativa del giudice *ex art.* 101

¹⁹ Cfr. R. SABATO, *Audizione* [reperibile tra i *Documenti acquisiti* della seduta del 12 febbraio 2019 delle Commissioni riunite II e III della Camera dei deputati in sede di Audizioni informali in occasione dell'esame dell'A.C. 1124 sulla Ratifica del Protocollo n. 15 e del Protocollo n. 16], 2019, 8.

²⁰ Cfr. M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, cit., 3.

²¹ Cfr. F. FARRI, *Audizione* [reperibile tra i *Documenti acquisiti* della seduta del 12 febbraio 2019 delle Commissioni riunite II e III della Camera dei deputati in sede di Audizioni informali in occasione dell'esame dell'A.C. 1124 sulla Ratifica del Protocollo n. 15 e del Protocollo n. 16], 2019, 2.

²² Cfr. R. SABATO, *Audizione*, cit., 8.

²³ Cfr. A. CANNONE, *Audizione* [reperibile tra i *Documenti acquisiti* della seduta del 12 febbraio 2019 delle Commissioni riunite II e III della Camera dei deputati in sede di Audizioni informali in occasione dell'esame dell'A.C. 1124 sulla Ratifica del Protocollo n. 15 e del Protocollo n. 16], 2019, 1.

²⁴ Cfr. M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, cit., 3.

²⁵ Cfr. R. SABATO, *Audizione*, cit., 8.

²⁶ Cfr. A. CANNONE, *Audizione*, cit., 1.

²⁷ EDITORIALE, *L'estremo saluto al Protocollo n. 16 annesso alla CEDU*, in [Giustizia Insieme](#) del 12 ottobre 2020.

²⁸ A. RUGGERI, *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*; C. PINELLI, *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*; E. LAMARQUE, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa: tutti* in [Giustizia Insieme](#), rispettivamente, del 22 ottobre, 3 e 18 novembre 2020.

Cost.; la valenza *di fatto* vincolante del parere; la valenza giuridicamente vincolante del parere per il tramite della giurisprudenza della Corte EDU; la marginalizzazione della Corte costituzionale a fronte della richiesta di parere da parte delle altre più alte giurisdizioni) sembrano, a chi scrive, davvero deboli²⁹.

La decisione di “politica costituzionale”, che l’ordinamento giuridico italiano si trova in questi anni a dover compiere circa la ratifica del Protocollo n. 16, appare *critica*, nel senso etimologico del termine. Si tratta, infatti, di scegliere se il nostro Paese voglia contribuire alla tutela multilivello dei diritti in Europa attraverso un fecondo dialogo con (per quanto ora più interessa in questa sede) la Corte EDU; ed in particolare se l’Italia voglia farlo da una posizione che non arrechi alcuna *deminutio* del ruolo di garante costituzionale dei diritti svolto dalla Corte costituzionale, ma al contrario assicuri l’incidenza del nostro supremo organo di garanzia costituzionale in tale sistema. Oppure se, al contrario, ci si voglia “arroccare” (e si voglia far “arroccare” la Corte costituzionale), in nome della valorizzazione del sistema nazionale di tutela dei diritti costituzionali, rispetto ad un più vasto sistema in cui tuttavia quella tutela dei diritti non è più ormai esclusivo appannaggio di organi nazionali, perdendo, però, in questo modo l’Italia ed in particolare la Corte costituzionale la possibilità di contribuire all’edificazione di quel sistema stesso.

Ed in effetti, proprio in quest’ultima prospettiva, se si guarda alla tutela multilivello dei diritti in Europa non come ad una serie di livelli dove l’uno è “superiore” o “inferiore” all’altro (come il termine stesso sembra impropriamente evocare), quanto piuttosto come ad una serie di sfere rotanti l’una concentrica all’altra, come le sfere celesti dantesche, non può che auspicarsi che tra tali livelli intercorrano strumenti di dialogo tali da produrre, rimanendo nella similitudine, qualcosa di simile alla musica celestiale («*l’armonia che temperi e discerni*») descritta dal Sommo Poeta nel *Paradiso*. Ciò ovviamente nei limiti di quanto sia umanamente possibile, trattandosi qui di vicende terrene.

Parafrasando, dunque, Leone X: con i due Protocolli alla CEDU, se abbiam fatto quindici, possiam fare anche sedici

²⁹ Come si è già cercato di argomentare ampiamente in E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU*, cit., specie Capitolo 4.

Antonio Ruggeri
Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita*
(chiose minime a margine di un corposo studio recente)**

ABSTRACT: Taking its cue from a recent monographic study, the paper reconsiders some troubled issues in the field of medically assisted procreation, also with reference to the experiences gained in other legal systems, especially as regards the subjective requirements for access to reproduction techniques, heterologous fertilization, the prohibition of maternity subrogation.

SOMMARIO: 1. Note introduttive a riguardo della diversa prospettiva di studio usualmente adottata dai cultori di diritto costituzionale e da quelli di altre discipline positive nella osservazione dei materiali normativi e in merito ai rapporti tra “diritto politico” e “diritto giurisprudenziale”. – 2. Uno sguardo a talune esperienze maturate presso altri ordinamenti e l’esame di talune questioni specificamente riguardanti l’eugenetica. – 3. I requisiti soggettivi per l’accesso alla PMA e l’apertura alla fecondazione eterologa. – 4. Il perdurante, categorico divieto di surrogazione di maternità e la sofferta ricerca di una soluzione maggiormente articolata e conciliante. – 5. Una stringata notazione finale, in attesa di una nuova disciplina legislativa connotata da strutturale flessibilità e rispondenza ai valori costituzionali, nel loro fare “sistema”.

1. Note introduttive a riguardo della diversa prospettiva di studio usualmente adottata dai cultori di diritto costituzionale e da quelli di altre discipline positive nella osservazione dei materiali normativi e in merito ai rapporti tra “diritto politico” e “diritto giurisprudenziale”

Un filo rosso lega l’una all’altra parte dell’ampia ed accurata trattazione svolta da V. Tigano (d’ora innanzi: T.), componendole in un quadro unitario armonico e coerente. Per evidenziarlo, vorrei fare opera – come dire? – di... *psicanalisi*, tentando di estrarre ciò che è nascosto negli strati più profondi dell’opera, il “non detto”, che è però disvelato da alcuni cenni fatti qua e là, in ordine sparso.

L’opera è, dichiaratamente e conformemente alle attitudini di ricerca dell’A., di taglio penalistico, secondo quanto peraltro avvalorato dalla messe di richiami fatti a contributi dei cultori di questa disciplina, ma, in realtà, le basi portanti, nascoste come lo è la montagna sommersa di un *iceberg* del quale emerge solo la punta, sono di diritto costituzionale.

C’è una differenza di fondo tra i cultori del diritto costituzionale e quelli di ogni altra disciplina positiva; ed è che l’attenzione di questi ultimi è principalmente attratta (non dico esclusivamente ma lo è, appunto, in primo luogo) dalla ricerca del significato degli enunciati normativi specificamente riguardanti gli oggetti di volta in volta studiati, dalla verifica della loro coerenza interna, così come rispetto all’insieme del quale fanno parte, ecc.: in breve, questi studiosi si dispongono *all’interno* della normativa fatta oggetto di esame, penetrano nella sua struttura e ne osservano i tratti di fondo, descrivendone analiticamente i connotati. I costituzionalisti, invece, quale che sia la normativa presa in esame, si pongono sempre *dall’esterno* rispetto ad essa, *dal punto di vista della Costituzione*, costantemente preoccupati di verificare, in aggiunta alla coerenza interna (e, vorrei dire, più ancora di questa), la rispondenza della normativa stessa alla legge fondamentale della Repubblica, nonché ad altre fonti (anche di origine esterna), evocate in campo dalla Carta e, per ciò stesso, riconosciute parimenti idonee a porsi a parametro, in applicazione dello schema usuale della “interposizione” normativa¹.

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 14, del Regolamento della Rivista.

** Si tratta di V. TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Giappichelli, Torino 2019, presentato in occasione di un incontro di studio svoltosi il 19 febbraio 2021 per iniziativa dell’Università di Catania, nel corso del quale ho anticipato alcune delle riflessioni qui esposte.

¹ Su ciò, di recente e per tutti, 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., e *Il caleidoscopio normativo. La categoria dell’interposizione nell’esperienza del Giudice delle leggi*, in *Quad. cost.*, 1/2021.

È chiaro che anche i cultori di discipline diverse dal diritto costituzionale si pongono sempre il problema della validità delle norme di volta in volta rilevanti per il loro studio, così come d'altronde i costituzionalisti nulla possono dire in punto di validità se non dopo aver fatto luogo ad una opportuna messa a punto della disciplina subcostituzionale, ovviamente giovandosi al riguardo dei contributi degli specialisti di settore. Resta, ad ogni buon conto, la diversità della prospettiva da cui si osservano i materiali normativi in campo: i non costituzionalisti *dal basso*, i costituzionalisti *dall'alto*.

Ebbene, quest'ultima cosa è, in buona sostanza, ciò che ha fatto anche T., che non nasconde – sin dall'*incipit* del suo discorso – di giudicare la legge 40 una cattiva legge (in ciò, peraltro, come si sa, allineandosi, con originali svolgimenti, ad una lunga schiera di studiosi di vario segno ed orientamento), anzi – diciamo pure – una pessima legge².

Non per mero accidente, d'altronde, mette subito in chiaro come stanno le cose facendo opportuni richiami alle esperienze maturate in altri ordinamenti (e, segnatamente, la Francia, la Spagna e, soprattutto, la Gran Bretagna, l'ordinamento più *liberal*)³, sì da far risaltare, attraverso il loro raffronto, quanto sia penalizzante e – direi – culturalmente arretrato l'impianto della disciplina da noi adottata, tanto da essere stato fatto a pezzi – come pure è noto – dalla giurisprudenza costituzionale, oltre ad essere stato, in alcuni punti cruciali, rifatto a mezzo di alcune coraggiose (e, però pure, per vero, talora ardite) interpretazioni... *sananti*, operate dalla giurisprudenza comune⁴.

Volendo semplificare al massimo, sia pure col costo di una qualche forzatura teorico-ricostruttiva, può dirsi che T., al pari peraltro di altri studiosi delle questioni concernenti la riproduzione medicalmente assistita, nella alternativa di fondo tra il diritto positivo e la giustizia si schiera risolutamente dalla parte di quest'ultima: una giustizia, nondimeno, pur sempre costituzionalmente fondata e dalla Carta (e dai suoi valori) alimentata.

Si ha qui, sul terreno sul quale maturano le esperienze di PMA, una testimonianza particolarmente attendibile, illuminante, dello squilibrio che, in modo vistoso e in misura crescente, segna i più salienti svolgimenti del rapporto tra legislazione e giurisdizione, in ciascuna delle loro manifestazioni ed in tutte assieme o – se più piace altrimenti dire, prendendo a prestito una espressione che da noi, soprattutto dopo Pizzorusso⁵, ha avuto molta fortuna – tra “diritto politico” e “diritto giurisprudenziale”. Un sintagma, quest'ultimo, che ancora oggi è da taluno giudicato come espressivo di un vero e proprio ossimoro, ma su quest'autentico *punctum crucis* non è ora consentito indugiare,

² Non meno severo il giudizio datone da E. DOLCINI che, nella sua *Introduzione* al nostro incontro, ha qualificato la legge in parola come “ipocrita e discriminatoria”.

³ Qualche anno prima un rilevante contributo allo studio delle esperienze di procreazione medicalmente assistita dalla prospettiva del diritto costituzionale e in chiave comparata è stato portato a termine da S. PENASA, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; più di recente, v., poi, AA.VV., *Tecniche procreative e nuovi modelli di genitorialità. Un dialogo italofrancese*, a cura di L. Chieffi, Mimesis, Milano - Udine 2018; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *La stepchild adoption e il fenomeno delle coppie same sex nel diritto europeo contemporaneo*, in Federalismi.it, 8/2020, 1° aprile 2020, 1 ss.

⁴ Facendo ora richiamo unicamente dei maggiori contributi della nostra dottrina venuti di recente alla luce, v., dunque, dopo il corposo studio di B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017, part. S. AGOSTA, che ne ha trattato a più riprese (e, part., in forma organica, in *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali d'inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Roma 2020); A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, nonché, ora, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, in corso di stampa per i tipi della Giappichelli di Torino, spec. p. I, cap. IV, ma *passim*.

⁵ ... alla cui memoria, non a caso, è stata dedicata una Giornata di studio svoltasi a Pisa, dal titolo *Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti - R. Tarchi, University Press, Pisa 2020 [ulteriori ragguagli sul tema possono, poi, volendo, aversi dal mio [Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie](#), pure *ivi*, 319 ss., nonché in questa [Rivista 2019/III](#), 707 ss.; in argomento, da ultimo, l'intervista di L. Salvato a R. Rordorf, dal titolo *Conversando su diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, in [Giustizia Insieme](#), 2 febbraio 2021.

evocando micidiali questioni di ordine teorico-generale e filosofico che richiederebbero uno spazio qui non disponibile ed approfondimenti comunque impossibili da realizzare in questa sede⁶.

T. argomenta con molta accuratezza la tesi, nella quale sin dall'inizio del suo discorso mostra di riconoscersi, secondo cui la giustizia ha avuto la meglio sul diritto scritto, allo stesso tempo tuttavia non nascondendosi che v'è ancora molta strada da fare prima di raggiungere la meta di un adeguato appagamento di alcune posizioni soggettive costituzionalmente protette. Non fa cioè passare sotto silenzio alcune aporie della costruzione giurisprudenziale e le non poche né lievi oscillazioni degli orientamenti col tempo maturati e di quelli ancora non nitidamente delineatisi.

Molto attento e scrupoloso è l'esame delle pronunzie delle Corti, interne ed europee, il loro raffronto e la messa in chiaro dell'incidenza che le une hanno esercitato sulle altre (in specie, le seconde sulle prime), nel corso di un mai finito e costantemente rinnovantesi "dialogo" tra gli operatori di giustizia (per riprendere qui pure un termine – come si sa – ormai in uso e, tuttavia, espressivo di una intrinseca, non rimossa ambiguità, così come peraltro si ha per le metafore in genere, efficaci e suggestive ma pure concettualmente imprecise, buone a molti usi⁷, ciascuno dei componenti dell'uditorio cui si rivolgono intendendole e portandole a frutto secondo occasionali convenienze).

È di tutta evidenza che l'affollamento degli operatori di giustizia sulla scena – specchio fedele e naturale proiezione dell'affollamento delle Carte dei diritti di cui essi sono garanti – agevola naturalmente il raffronto dei rispettivi orientamenti, obbligando insomma ciascuno di essi a tenere conto degli altri e, per ciò stesso, alla bisogna di adattare e rinnovare senza sosta il proprio punto di vista.

D'altro canto, l'attivismo giudiziario, che pure conosce espressioni assai varie per forme ed intensità, talora per vero francamente esasperate, è reso palese e veicolato da tecniche decisorie inusuali a getto continuo sfornate soprattutto dai tribunali costituzionali (penso, ad es. e per tutte, sul terreno speculare delle vicende di fine-vita, a *Cappato*), tecniche sollecitate a formarsi da vistose carenze e perduranti contraddizioni della legislazione⁸. Non si trascuri, infatti, la circostanza, a tutti nota ma sovente sottovalutata o, diciamo pure, dimenticata, per cui avverso le omissioni assolute del

⁶ Sulla micidiale questione della creatività della giurisprudenza, nella ormai sconfinata lett., v., di recente, G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in [Rivista AIC](#) 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e, dello stesso, ora, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in [Questione Giustizia](#), 4/2020, 29 dicembre 2020; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; in prospettiva giusfilosofica, almeno, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018. 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, e, nella stessa *Rivista*, l'intervista di M. Brancaccio a V. MANES e L. PISTORELLI, dal titolo *Il giudice interprete o legislatore?*, 13 gennaio 2021, nonché, volendo, il mio [Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice \(tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali\)](#), in questa [Rivista 2020/III](#), 606 ss.

⁷ In tema, pertinenti rilievi in A. MORELLI - O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in [Rivista AIC](#), 1/2018, 19 marzo 2018.

⁸ Encomiabile, senza alcun dubbio, l'intento che anima e sorregge lo sforzo prodotto dalla giurisprudenza con l'invenzione di sempre nuove tecniche decisorie (alle volte per vero coraggiose, altre forse però temerarie), al fine di colmare i vuoti lasciati scoperti dalla legislazione, insopportabili e francamente odiosi laddove riguardanti i diritti fondamentali e forieri, dunque, di un *vulnus* profondo sia per i soggetti che ne sono titolari e che rischiano di vedere inappagate alcune aspettative intensamente avvertite e sia pure per la Costituzione, l'inerzia ancorché parziale del legislatore portando all'effetto di svuotare la legge fondamentale della Repubblica proprio del primo degli elementi che – secondo la mirabile, efficacissima definizione datane dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 – ne fanno la struttura e ne danno l'identità, connotandola rispetto ad ogni altro documento normativo: il riconoscimento dei diritti fondamentali.

Allo stesso tempo, non può tuttavia non rilevarsi che alcune delle tecniche in parola – e quella inaugurata con *Cappato* ne è l'emblema – fatalmente comportano un *vulnus* non meno grave al secondo degli elementi indicati nella Dichiarazione in parola, la separazione dei poteri; la qual cosa poi – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – inevitabilmente non resta senza conseguenze anche a carico del primo elemento.

legislatore non c'è, a conti fatti, rimedio che valga⁹. E, invero, nessuno può obbligare un legislatore riottoso e latitante ad un *facere*, ove non ne abbia la voglia, e, più ancora, a dar vita ad una buona legge, per quanto proprio con *Cappato* si sia consumato l'abbandono del limite delle "rime obbligate"¹⁰ (e, dunque, del rispetto del discrezionale apprezzamento del legislatore), sostituite – è stato efficacemente detto¹¹ – dai "versi sciolti"¹². E, tuttavia, anche dopo *Cappato*, un appiglio legislativo ci vuole pur sempre, al fine di giustificare l'appello alla Corte e dar modo a quest'ultima di far luogo – seppure talora in modo forzoso – alla "invenzione" della disciplina normativa mancante. Di contro, i giudici non possono trattenersi dal dare comunque una risposta alla domanda di giustizia che è ad essi rivolta, foss'anche nel senso di un *non liquet*, laddove la domanda stessa sia stata mal posta.

La Corte costituzionale, per bocca del suo Presidente *pro tempore*, G. Zagrebelsky, ha detto anni addietro che la "supplenza" alla quale essa si trova obbligata a far luogo nei riguardi del legislatore non è stata né "richiesta" né "gradita"¹³ ci si riferiva al tempo all'iperattivismo "coatto" della Consulta sul terreno dei rapporti Stato-Regioni, conseguente alla riscrittura del Titolo V operata nel 2001, non seguita da una organica legislazione attuativa; ma – com'è chiaro – il discorso è dotato di generale valenza).

Ebbene, con riguardo alle vicende d'inizio-vita (ed a quelle, apparentemente speculari, di fine-vita), abbiamo avuto (e seguitiamo incessantemente ad avere) plurime e convergenti testimonianze della "supplenza" in parola¹⁴, per vero in parte alimentata dalla giurisprudenza europea che, nondimeno, non poche volte si è ritratta avvalendosi dell'artificio retorico-argomentativo del margine di apprezzamento che va, ad ogni buon conto, riservato agli Stati. Una "supplenza" – dicevo – sicuramente incoraggiata da lacune ed incoerenze della legislazione, anche di quella dei Paesi che hanno dimostrato di essere maggiormente avanzati del nostro: difetti, questi della normazione in

⁹ Riferimenti di vario segno in prospettiva comparata possono aversi da V. BAZÁN, *Control de las omisiones incostitucionales e inconvenconales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Mexico 2017, e, più di recente, AA.VV., *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, a cura di L. Cassetti e A.S. Bruno, Giappichelli, Torino 2019. Infine, i contributi che sono in AA.VV., *Giustizia costituzionale e tutela dei diritti. Riflessioni maturate a partire dagli incontri del CAF 2020*, a cura di G. Famiglietti e S. Romboli, Università di Pisa - Istituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México 2021, parte III [ivi il mio contributo, dal titolo *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, 227 ss., già in Dirittifondamentali.it, 1/2020, 24 gennaio 2020, 193 ss.].

¹⁰ Significativa la circostanza per cui un autorevole studioso e giudice costituzionale, F. MODUGNO, abbia al riguardo discorso di un "progressivo commiato dal teorema delle 'rime obbligate'" (*Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss., spec. 115, per il riferimento testuale). In tema, nella copiosa lett., tra gli altri e di recente, R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cap. II degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, 104 ss.; 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; C. PADULA, *A mo' di premessa: realtà e mito nella creatività procedurale della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, a cura dello stesso P., Editoriale Scientifica, Napoli 2020, 19 ss. Se n'è, poi, ampiamente discusso in occasione del Seminario su *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, tenutosi a Pisa il 25 ottobre 2019, i cui *Atti*, a cura di G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli, sono stati editi per i tipi della Editoriale Scientifica di Napoli nel 2020, e dell'altro su *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, svoltosi il 13 novembre 2020, i cui contributi possono vedersi in Federalismi.it, 3/2021, 27 gennaio 2021.

¹¹ D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss.

¹² In realtà, la giurisprudenza costituzionale sul punto, di cruciale rilievo, esibisce ad oggi vistose oscillazioni (e, diciamo pure, talune non rimosse incoerenze), peraltro puntualmente rilevate dalla più avvertita dottrina [A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in Rivista AIC, 4/2019, 26 novembre 2019, 154 ss.; v., inoltre, utilmente, C. PANZERA, *Esercizio sussidiario dei poteri processuali e discrezionalità legislativa nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 3/2020, V, 127 ss., e T. GIOVANNETTI, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore*, in AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*, A Roberto Romboli dai suoi allievi, Giappichelli, Torino 2020, 19 ss.].

¹³ Le pungenti parole qui fedelmente trascritte sono tratte dalla Conferenza stampa del 2004.

¹⁴ Assai istruttive, al riguardo, le indicazioni fornite dagli studi di S. AGOSTA e M.P. IADICICCO, sopra richiamati.

genere e della legislazione in ispecie, forieri di gravi torsioni istituzionali e guasti ancora più gravi a carico del corpo sociale, invero insopportabili poi se coinvolgenti i diritti fondamentali della persona (e tali, in larga misura, sono quelli “riproduttivi”, per riprendere l’etichetta che ne dà T.¹⁵).

2. Uno sguardo a talune esperienze maturate presso altri ordinamenti e l’esame di talune questioni specificamente riguardanti l’eugenetica

Si consideri, ad es., la chiusura fatta in Francia all’accesso alle tecniche di PMA per i *singles* e le coppie *same-sex*, vistosamente incoerente, l’una, con il riconoscimento del diritto all’adozione da parte del *single* e, l’altra, con il matrimonio consentito anche alle coppie composte da persone dello stesso sesso. O ancora si pensi – sempre in relazione alla Francia – alla trascrizione degli atti di nascita emessi all’estero di bambini venuti alla luce grazie alla surrogazione di maternità: una delle molte testimonianze, questa, di un “dialogo” andato a buon fine (così, perlomeno lo giudica T.), dal momento che poi l’Assemblea plenaria della Corte di Cassazione ha recepito l’orientamento della Corte europea (40).

Talvolta, l’obiettivo è centrato per via traversa (e, a mio modo di vedere, in modo non del tutto rispettoso della dignità delle persone coinvolte). Così, ancora in relazione alla Francia, con riguardo alla trascrizione dello *status* genitoriale unicamente a beneficio del *partner* che aveva fornito il seme per la fecondazione, ammettendosi tuttavia la facoltà di adozione della donna, sì da dar modo comunque ad entrambi di divenire genitori del nato (41 s.).

Similmente, poi, in relazione alle pratiche di surrogazione, per la Spagna: sul piano civile, l’accordo di surrogazione di maternità è qualificato come nullo, ma il padre biologico può reclamare la paternità e, di conseguenza, la donna *partner* può procedere all’adozione (66 ss., spec. 74). Possibile, poi, l’aggiramento del divieto mediante la stipula dell’accordo in uno Stato estero in cui la pratica di surrogazione è riconosciuta (77 ss.).

¹⁵ In realtà, proprio qui si annida un equivoco di fondo, di cui si ha frequente riscontro nella sterminata letteratura dedicata alle esperienze d’inizio-vita, così come a quelle relative al termine della vita stessa, restando tutto da verificare se si dia – come molti ritengono – un vero e proprio diritto costituzionale alla piena autodeterminazione in relazione alle vicende che riguardano i momenti cruciali della esistenza umana [su ciò, raggugli nel mio *Autodeterminazione (principio di)*, in *Digesto/Disc. Pubbl.*, VIII Agg. (2021), 1 ss.].

Senza che se ne possa ora fare oggetto di specifico esame (la qual cosa richiederebbe approfondimenti qui, di tutta evidenza, non consentiti), mi limito solo ad enunciare apoditticamente la tesi, che mi sono sforzato di argomentare altrove, circa la insussistenza di un diritto costituzionale al suicidio. Quanto, poi, alle vicende d’inizio-vita, le sole qui specificamente interessanti, il quadro è in realtà assai più articolato e composito, solo alcune “aspettative” della persona – se così vogliamo, per il momento, genericamente chiamarle – potendo vantare il titolo di autentici diritti fondamentali e rivendicare di conseguenza per sé la tutela a questi peculiarmente spettante (su di che invita ripetutamente a fermare l’attenzione M.P. IADICICCO, *Promozione umana e diritti fondamentali*, cit.). Di altre, di contro, resta rimessa al discrezionale apprezzamento del legislatore la valutazione circa la opportunità di assicurarvi protezione, mentre altre ancora appaiono insuscettibili di trovare accoglienza o, diciamo pure, passibili di essere sanzionate. Ha, opportunamente, sollecitato a distinguere tra “diritti costituzionali” e “diritti legislativi” R. ROMBOLI, in più scritti, tra i quali *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, a cura di D. Dalfino, Roma Tre-Press, Roma 2016, 525 ss. Una distinzione, giusta in via di principio e perciò bisognosa di essere tenuta ferma e, tuttavia, sommamente scivolosa e gravata da non poche incertezze tanto al piano teorico-astratto, specie ove si convenga in merito al carattere “aperto” della previsione di cui all’art. 2 della Carta, quanto (e soprattutto) a quello pratico del riconoscimento delle situazioni soggettive riportabili all’una ed all’altra categoria.

Ad ogni buon conto, forse, non sarebbe stato un fuor d’opera, nel quadro della pur ampia ed accurata analisi svolta da T. in merito alle “aspettative” suddette, far luogo ad alcune preliminari avvertenze a riguardo di ciò che, a giudizio dell’A., è un “diritto fondamentale”, nella sua ristretta e propria accezione, ed a quali possano esserne gli indici esteriori rivelatori, idonei cioè ad agevolare il riconoscimento ed a sollecitarne quindi la necessaria tutela [della spinosa questione si è tornati a discutere, ancora non molto tempo addietro, in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa su *Cos’è un diritto fondamentale?*, svoltosi a Cassino il 10 e 11 giugno 2016, i cui *Atti*, a cura di V. Baldini, sono stati editi dalla Editoriale Scientifica di Napoli nel 2017. Ivi, si può vedere, volendo, il mio punto di vista quale rappresentato in [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), 337 ss., nonché in questa [Rivista 2016/II](#), 263 ss.].

In Gran Bretagna si ha, come si diceva, la legislazione più *liberal* (basti solo pensare al carattere lecito della stessa PMA *post mortem*: 93 ss.¹⁶), richiedendosi nondimeno la necessaria licenza da parte dell'*Authority* a favore dei centri autorizzati all'esercizio delle pratiche di PMA, al fine di verificare che in essi si utilizzino tecniche riproduttive conformi all'evoluzione della scienza, nell'interesse della salute sia del nascituro che della gestante (83 ss.). Un potere, questo riconosciuto all'*Authority*, come si vede, assai ampio e suscettibile di varie, discordanti applicazioni. Sul punto, di cruciale rilievo, sarebbe forse stato consigliabile un maggiore approfondimento, anche di ordine generale, a riguardo cioè del modo complessivo con cui stanno in rapporto tra di loro etica, scienza e diritto¹⁷.

Basti solo por mente alla circostanza per cui l'evoluzione della scienza non è, in sé e per sé, molte volte di agevole e sicuro riscontro, dividendosi gli scienziati anche in misura significativa al loro interno, specie davanti ad eventi dapprima sconosciuti ed imprevedibili¹⁸. La qual cosa poi – giova qui rammentare – proietta la sua ombra sulla stessa Costituzione, *quodammodo* privandola della sua *vis* prescrittiva ed obbligandola, a giudizio della Consulta, a restare “muta” su talune questioni di cruciale rilievo fintantoché gli scienziati non avranno fatto chiarezza¹⁹ e, dunque, la scienza *ut sic* non potrà porsi – è stato efficacemente detto da un'accreditata dottrina²⁰ – a “parametro interposto”

¹⁶ Va, nondimeno, registrata al riguardo la tendenza, di cui anche da noi si è fatta interprete certa giurisprudenza, volta a riconoscere al nato grazie a siffatta specie di fecondazione lo *status* di figlio del padre deceduto; il quadro si presenta, però, ancora oggi fluido ed opaco [riferimenti in R. RUSSO, *Gli incerti confini della genitorialità fondata sul consenso: quando le corti di merito dissentono dalla Cassazione*, in [Giustizia Insieme](#), 28 maggio 2020].

¹⁷ Su ciò, di recente, interessanti rilievi nei contributi che sono nel fasc. monografico di *DPCE on line 3/2020*, introdotti da E. MALFATTI, *Scienza, tecnologia e forme di produzione giuridica. Qualche rilievo d'insieme*, 3269 ss.; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., cap. I, 19 ss., ma *passim*, nonché, ora, opportune precisazioni teoriche in M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., spec. p. II.

¹⁸ Eloquente la vicenda, che ad oggi ci affligge, relativa alla emergenza sanitaria da Covid-19 ed alle valutazioni da essa sollecitate in merito alle misure maggiormente idonee a fronteggiarla.

¹⁹ Così, in particolare, secondo [Corte cost. n. 84 del 2016](#), in relazione alla vessata questione della destinazione degli embrioni crioconservati alla ricerca scientifica, a riguardo della quale, in forza della premessa sopra indicata, il giudice delle leggi ha pilatescamente dichiarato di non potersi pronunciare sulla questione sollevatagli. Allo stesso tempo, però, ha spianato la via ad una disciplina normativa frutto di discrezionale apprezzamento da parte del legislatore. Come dire, insomma, che, se in una congiuntura siffatta la Costituzione è obbligata a restare “muta”, può liberamente parlare il legislatore, senza che peraltro si capisca come possa mai essere salvaguardato il principio di precauzione da una scelta del legislatore non verificabile allo stato attuale delle conoscenze scientifiche [notazioni fortemente critiche sul punto possono, volendo, vedersi nel mio *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in [Biolaw Journal](#), 2/2016, 245 ss.; in tema, di recente, M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Cortina, Milano 2020, 184 ss., e S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in [Biolaw Journal](#), 2/2020, 237 ss. Lo stesso T., peraltro, aveva annotato la decisione *de qua*: De dignitate non disputandum est? *La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 8 maggio 2016].

Diverso, invece, lo scenario che viene a delinearci nei casi in cui si diano significative convergenze tra gli scienziati, la “ragionevolezza scientifica” – com'è stata efficacemente chiamata – risolvendosi quindi in un vincolo per il legislatore (sul punto, ora, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., spec. p. II, cap. II, § 3). Della razionalità come “parametro spurio” nei giudizi di validità degli atti giuridici tratta ora V. BALDINI, *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2021, 15 febbraio 2021, spec. 138 ss.

Altra questione, di fondo, è poi ovviamente quella relativa all'accertamento di ciò che è propriamente “scienza” e quali, dunque, possano considerarsi le sue più genuine espressioni [sul punto, di recente, G. D'AMICO, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019, 18 dicembre 2019, 3 ss.].

Con specifico riguardo ai segni lasciati dallo sviluppo scientifico e tecnologico sulla giurisprudenza costituzionale, la letteratura è ormai copiosa (per tutti e di recente, G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Giappichelli, Torino 2020; a riguardo della “riserva di scienza”, v., inoltre, D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pacini Giuridica, Pisa 2019).

²⁰ C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 15 maggio 2016. In tema, opportune precisazioni, già, in A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e*

nei giudizi di costituzionalità²¹. T. non trascura di evidenziare le più vistose oscillazioni registratesi tra gli studiosi e gli operatori del diritto, alle quali poi si aggiungono le non minori oscillazioni presenti nella giurisprudenza costituzionale davanti ad espressioni normative che rimandano a concetti scientifici²².

Con specifico riguardo all'eugenetica, nella sua moderna accezione, particolare rilievo T. assegna alla circostanza per cui le pratiche mediche poste in essere nel suo nome trovano giustificazione e sostegno nel consenso prestato dall'interessato (206). Un argomento, per vero, non trascurabile e, però, non risolutivo, ove si consideri (con lo stesso T.) che il valore primario da salvaguardare resta pur sempre il bene della salute, obiettivo degli interventi a finalità eugenetica (206 s., 223, 228).

D'altro canto, non è inopportuno qui rammentare che l'autodeterminazione non sempre ha fondamento etico ed anzi alle volte può risolversi nella negazione di questo e, con essa, in un pregiudizio della dignità della persona. Costituisce certamente una risorsa preziosa, fin dove possibile meritevole di non essere sciupata ma, all'inverso, viepiù valorizzata e tutelata; e tuttavia – come mi sono sforzato di argomentare altrove²³ – non è “tutto”, tanto più ove si convenga – come a me pare si debba – a riguardo del fatto che la dignità della persona che intenda avvalersene e portarla a frutto e non di rado anche di altre persone coinvolte in talune spinose vicende della vita, non va, a mia opinione²⁴, predicata secondo un'accezione interamente soggettiva, come tale perciò idonea a tradursi ed a risolversi, a conti fatti, appunto nell'autodeterminazione, bensì secondo una anche (e soprattutto) oggettiva, illuminata dall'etica pubblica repubblicana quale risulta mirabilmente scolpita nella tavola dei valori fondamentali dell'ordinamento. In questo senso, d'altronde, sembra orientata da qualche anno a questa parte la stessa giurisprudenza costituzionale²⁵. Condivisibile, ad ogni buon conto, è la conclusione alla quale T. sul punto perviene (207) in merito al carattere indeterminato del termine “eugenetica” costitutivo di una fattispecie incriminatrice, con conseguente pregiudizio per il principio di tassatività, anche in forza del difetto di un solido consenso in merito al suo significato ed alle possibili valenze (piace a me discorrere, con riguardo a casi analoghi, del difetto in seno al corpo sociale di una *consuetudine culturale* di riconoscimento dei lineamenti e confini della fattispecie).

Delicati e ad oggi irrisolti problemi pone poi la crioconservazione degli embrioni non utilizzati²⁶, specie ove si acceda all'ordine di idee, nel quale si riconosce la più avvertita dottrina, di destinarli alla loro eventuale adozione a finalità procreativa, che nondimeno – rileva opportunamente T. (221) – allo stato dell'arte richiede, a quanto pare, un passaggio legislativo che ad oggi da noi (e a differenza di altri ordinamenti, come la Spagna e il Regno Unito) non si è avuto (salvo, naturalmente, il caso che domani vi “supplisca”, ancora una volta, la giurisprudenza²⁷).

Ad ogni buon conto, assai istruttiva è la circostanza, sulla quale T. ferma la sua attenzione in chiusura dell'indagine sul punto (230), secondo cui solo nel nostro ordinamento (e a differenza degli

democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo, in AA.VV., *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2006, 569 ss.

²¹ Sta di fatto, però, che il silenzio della scienza – come segnale nel mio scritto da ultimo richiamato – non è mai “neutro”, autenticamente equidistante rispetto agli opposti interessi in campo, dal momento che, come si è veduto, a conti fatti gioca per il rigetto della questione per inammissibilità.

²² Ad es., dopo [Corte cost. sent. n. 229 del 2015](#), a quello di “scopo eugenetico”, integrativo del dolo specifico di cui all'art. 13, III c., lett. b), l. 40, del quale – si fa notare – si è fatto “un uso strumentale e simbolico” (202 ss., e 206, per il riferimento testuale).

²³ Riferimenti possono trarsi dalla mia voce *Autodeterminazione (principio di)*, cit.

²⁴ Raguagli possono, se si vuole, aversi dal mio [La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista 2018/II](#), 392 ss.

²⁵ Spec. [sent. n. 141 del 2019](#); sul punto, ora, con specifica attenzione ad una questione più avanti trattata, C. SALAZAR, *La maternità surrogata al vaglio della Corte costituzionale: riflessioni sull'ord. n. 8325/2020 della Corte di cassazione*, in [Giudicedonna.it](#), 2/2020.

²⁶ Indicazioni al riguardo, nuovamente, nei contributi di S. AGOSTA, sopra richiamati, con particolare riguardo alla sua ultima monografia, specificamente dedicata alla vessata questione della dignità dell'embrione, della quale v., spec., 223 ss. V., inoltre, utilmente, ancora una volta, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., spec. p. I, cap. IV.

²⁷ ... il cui orientamento sul punto ha sollevato – come si sa – animate discussioni, alle quali nondimeno non può ora farsi cenno alcuno.

altri presi in esame) è punita la selezione eugenetica degli embrioni. Una soluzione resa gracile dal rilevato difetto di tassatività della fattispecie, sul quale ancora una volta nello studio qui annotato si sollecita a fermare l'attenzione.

3. I requisiti soggettivi per l'accesso alla PMA e l'apertura alla fecondazione eterologa

Aporie non rimosse esibisce poi la legge 40 sul versante dei soggetti protagonisti delle pratiche di PMA. Se, infatti, risoluta e chiara è l'opzione per il modello bigenitoriale, risultante da una coppia eterosessuale relativamente stabile²⁸, restano tuttavia insoluti taluni nodi interni alla definizione. Così, in specie, con riguardo al concetto di "convivenza", ambiguo sotto più aspetti, a partire da quello del tempo della sua durata e, comunque, agevolmente aggirabile, senza che per ciò i soggetti che artificiosamente attestino la loro condizione di "conviventi" si rendano responsabili del reato di falso ideologico (duro, al riguardo, il giudizio di T. che taccia d'"ipocrisia" il legislatore per aver fatto utilizzo del concetto in parola: 236)²⁹.

Irragionevole, poi, la comminazione delle sanzioni unicamente ai medici ed al personale sanitario in genere (240 ss.), sanzioni delle quali peraltro, a voler fare la parte dell'avvocato del diavolo, si fatica a capire perché mai risultino circoscritte al solo piano amministrativo e non pure a quello penale (in senso stretto), in ragione della posta in gioco (ma sul punto si registrano posizioni alquanto articolate in dottrina, delle quali si riferisce a 262 ss., con adesione alla tesi della natura sostanzialmente penale delle sanzioni di cui all'art. 12, II c., in applicazione dei parametri *Engel*: 298 ss.). D'altro canto, i medici possono, almeno in parte, scaricarsi di responsabilità grazie alla dichiarazione fatta dai componenti la coppia di essere in possesso dei requisiti richiesti per l'accesso alla PMA (specificamente per ciò che concerne la loro condizione di conviventi), salvo ovviamente il caso di provato dolo dei medici stessi che siano a conoscenza della loro mancanza. Delicate questioni si pongono, inoltre, in relazione ai casi in cui i medici facciano luogo alla PMA restando in dubbio circa la veridicità della dichiarazione in parola (256 ss.).

Non saprei, poi, francamente dire se vi sia davvero la lacuna denunciata da T., che si allinea al riguardo ad una indicazione di A. Vallini (cit., 244, nota 24), per i casi di applicazione della PMA ai singoli. Giusta, infatti, la premessa secondo cui l'accesso alle pratiche riproduttive è, in tesi, circoscritto alle sole coppie che ne abbiano i requisiti, si potrebbe ragionare nel senso che nel più sta il meno e che ciò che è vietato alla coppia debba, dunque, a maggior ragione considerarsi inibito ai singoli.

Ancora, una lacuna si darebbe in relazione ai casi in cui uno o entrambi i componenti la coppia non siano più in età richiesta per la procreazione naturale (253 ss.). Censurabile, peraltro, sul punto anche la soluzione invalsa in altri ordinamenti, come quello spagnolo, che in termini assai vaghi discorre dell'età della donna in termini di "*clínicamente inadecuada*" (254), mentre analoga imprecisione concettuale rispetto a quella presente nella nostra legge si ha in Francia, laddove si discorre di una "*âge de procréer*" (255), formula quindi riempita di un preciso significato dall'Agenzia nazionale di biomedicina che ha fissato a 43 anni per le donne e a 59 per gli uomini il tetto massimo per l'accesso alle tecniche riproduttive.

I requisiti soggettivi suddetti valgono, poi, anche per l'accesso alla fecondazione eterologa, ormai – come si sa – consentita dopo [Corte cost. n. 162 del 2014](#) alle coppie affette da infertilità o sterilità, quindi estesa dalla [sent. n. 96 del 2015](#) a quelle composte da persone una delle quali almeno affetta

²⁸ Si segnala al riguardo la svista in cui è incorso il legislatore, messa a nudo da S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, cit., 96, laddove, a proposito del requisito per cui entrambi i componenti la coppia debbano essere in vita, rileva che "di 'coppia' non potrebbe tecnicamente discorrersi se uno dei due fosse deceduto", così come in siffatta evenienza non potrebbero – com'è chiaro – essere entrambi in età fertile.

²⁹ Con riferimento, poi, alla definizione di età potenzialmente fertile, si segnala, di recente, la messa a punto del concetto che è in Cons. St., sez. III, 24 novembre 2020.

da malattie cromosomiche trasmissibili (319 ss.)³⁰. T. prospetta la tesi, che personalmente considero di non prossima realizzazione³¹, secondo cui alla eterologa possano in futuro accedere anche i *singles* e le coppie *same-sex*, rifacendosi a talune indicazioni offerte da [Corte cost. sentt. nn. 138 del 2010](#) e [170 del 2014](#), oltre che da Cass. n. 4184 del 2012, delle quali l'apertura in parola è presentata come il lineare sviluppo (329 ss.)³². A tal proposito, prende in esame la vicenda processuale definita dalla [sent. n. 221 del 2019](#) che ha rigettato la questione di costituzionalità volta a dare ingresso alla eterologa per persone dello stesso sesso³³.

Si segnala al riguardo, da ultimo, la presa di posizione adottata dalla Consulta con una decisione ad oggi non depositata ma in relazione alla quale si dispone di un comunicato stampa del 28 gennaio scorso, dal quale si apprende che, in relazione alla questione concernente il riconoscimento dello *status* dei figli nati mediante tecnica eterologa praticata all'estero da due donne, la Corte ritiene (perlomeno ad oggi...) di non poter accogliere la questione stessa, gravando nondimeno sul legislatore l'obbligo di assicurare un'adeguata tutela ai minori, anche alla luce di quanto è al riguardo disposto da fonti internazionali ed europee³⁴.

Il vero è che, qui come altrove, si tocca con mano la vocazione della Corte a smarcarsi dal *pressing* delle parti, non intendendo impegnarsi sulla richiesta volta al riconoscimento del diritto di accesso alla PMA alle coppie omosessuali, mentre in altri campi di esperienza (come ad es. a riguardo di talune vicende di fine-vita: *Cappato docet*), dove ha voluto, la Corte non ha esitato, pur se col costo

³⁰ Ripercorrono, ora, il travagliato itinerario che ha portato all'approdo giurisprudenziale richiamato nel testo M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, cit., 172 ss., e M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, p. I, cap. IV.

³¹ Una conferma in tal senso si è infatti avuta da [Corte cost. sent. n. 230 del 2020](#), dichiaratasi per la inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale volta a dar modo a persone dello stesso sesso legate da unione civile di essere entrambe indicate quali genitori nell'atto di nascita di un bambino venuto alla luce grazie ad una PMA effettuata all'estero [a commento, M. PICCHI, *"Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1/2021, 15 gennaio 2021, 1 ss.].

³² Ma v. Cass., Sez. un., n. 12193 del 2019, che ha confermato l'illegittimità del divieto del riconoscimento della efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero che abbia accertato il rapporto di filiazione tra il minore nato all'estero e il genitore d'intenzione (con la nota di D. MAZZAMUTO, *La decisione delle Sezioni Unite: i nuovi fronti della "genitorialità sociale"*, in *Dir. fam. pers.*, 2/2020, 393 ss.; altri riferimenti in F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., 234 ss.) e Cass. civ. n. 7668 del 2020, che ha confermato essere precluso alla madre intenzionale di vedersi indicata nell'atto di nascita quale genitrice in aggiunta alla madre biologica [tra i molti commenti, v. R. TREZZA, *P.M.A. all'estero e nascita in Italia: ha diritto di essere menzionata nell'atto di nascita soltanto la madre biologica e non anche quella intenzionale*, in [Familia](#), 10 aprile 2020; E. TROTTA, *Prevalenza della verità biologica nella redazione degli atti di stato civile e tutela della "genitorialità intenzionale"*, in *Dir. fam. pers.*, 3/2020, 890 ss.; nella stessa Rivista, I. BARONE, *Le vie della doppia maternità*, 925 ss.; R. RUSSO, *Gli incerti confini della genitorialità fondata sul consenso: quando le corti di merito dissentono dalla Cassazione*, cit.].

³³ Notazioni di vario segno sulla decisione *de qua* possono vedersi in I. RAVERA, *Le dimensioni del mestolo. La maternità surrogata tra divieto legislativo e attivismo giudiziario*, in [Federalismi.it](#), 4/2020, 19 febbraio 2020, spec. 209 ss.; L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2/2020, 7 aprile 2020, 227 ss.; B. LIBERALI, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile "diritto a procreare"?*, in *Studium iuris*, 2020, V, 534 ss.; M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2/2020, 16 aprile 2020, 143 ss., e, della stessa, *La tutela del rapporto di filiazione in caso di maternità surrogata: arresti giurisprudenziali e prospettive*, in [Federalismi.it](#), 29/2020, 21 ottobre 2020, 114 ss.; F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020, 28 maggio 2020, 581 ss.; M. TRAPANI, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, [ibid.](#), 11 giugno 2020, 804 ss., spec. 812 ss.; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., 153 ss. e 245 ss. V., inoltre, utilmente, S. AGOSTA, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, cit., 80 ss. e 154 ss., ma *passim*, e M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. I, cap. IV, § 6, e p. II, cap. I, § 3, e cap. III, § 2.

³⁴ Si vedrà, poi, a momenti che analogo orientamento è dal giudice delle leggi manifestato in relazione ad una questione riguardante gli effetti conseguenti alla surrogazione di maternità, di cui si dirà subito appresso.

– a me pare – di una vistosa forzatura, di dare spazio a talune pressanti sollecitazioni venute dalla società³⁵.

T. giudica irragionevole il mancato riconoscimento legislativo del diritto alla eterologa, all’esito di un raffronto con la disciplina positiva di altri Paesi, considerati maggiormente attenti nei riguardi delle libertà civili (spec. 342). È chiaro, ad ogni buon conto, che non è di certo motivo sufficiente a fondare la caducazione della normativa da noi vigente la circostanza per cui altrove le cose vanno diversamente. Altra cosa, poi, è che, nell’esercizio dell’apprezzamento politico-discrezionale che gli compete, il legislatore si determini anche nel nostro Paese ad allinearsi all’indirizzo al riguardo invalso in altri (343 s.).

4. Il perdurante, categorico divieto di surrogazione di maternità e la sofferta ricerca di una soluzione maggiormente articolata e conciliante

Resta, ad ogni buon conto, non toccato dall’apertura alla eterologa venuta dalla giurisprudenza il divieto, di cui all’art. 12, VI c., l. 40, di “surrogazione di maternità”, formula nondimeno connotata da evidente indeterminatezza tanto nel primo quanto (e soprattutto) nel secondo sostantivo di cui si compone, non risultando chiaro se il riferimento vada fatto alla donna che abbia fornito i gameti necessari per la fecondazione, alla gestante e partoriente o, ancora, a colei che intenda farsi carico della responsabilità genitoriale (350 ss.). Non si trascuri, nondimeno, al riguardo, che, in linea con un’antichissima tradizione, la regola, anche da noi fatta propria dall’art. 269, III c., c.c., lega inscindibilmente la maternità al parto (e, risalendo, alla gestazione) (353). Diverso è, invece, il significato genetico del termine, che fa riferimento all’appartenenza dell’ovocita che, fecondato, porta alla formazione dell’embrione; e diversa ancora l’accezione “sociale”, che assegna primario rilievo al fatto dell’assunzione della responsabilità genitoriale, cui dà specifico rilievo – come si sa – la disciplina dell’adozione (354 ss.).

Resta comunque fermo il giuridico rilievo al fine dell’acquisto della condizione di madre del fatto del parto, tant’è che nessun effetto è da riportare alla circostanza per cui gli ovociti per la fecondazione siano stati forniti dalla donna committente nel caso che la partoriente si rifiuti di dare seguito all’accordo e dichiararsi di voler tenere con sé il bambino venuto alla luce (364).

T. s’interroga, poi, in merito al bene protetto dal divieto di surrogazione di maternità, prendendo le distanze dalla tesi secondo cui esso sarebbe dato dalla dignità della gestante, bisognosa di essere messa al riparo da usi strumentali fatti da parte di terzi (368 ss.). In particolare, assegna rilievo alla circostanza per cui non si assisterebbe qui ad una strumentalizzazione di uno stato di debolezza psichica, fisica o economica della gestante; la qual cosa, in realtà, va accertata caso per caso, avendosene talora (non saprei francamente dire se il più delle volte) riscontro mentre talaltra la prestazione è offerta dalla gestante per puro spirito di solidarietà ed a titolo gratuito³⁶. È pur vero, però, che siffatto accertamento potrebbe talora dimostrarsi sommamente difficoltoso da mettere in atto, in talune circostanze forse persino impossibile, pur laddove la gestazione si abbia da parte di

³⁵ L’aporia è ora rilevata anche da un autorevole studioso e giudice costituzionale, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in Federalismi.it, 3/2021, 27 gennaio 2021, 86 ss., spec. 96 ss. (con richiamo ad un mio pensiero sul punto).

³⁶ Scettica si dichiara, invece, F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., 250 ss., che in modo secco e perentorio afferma: “chi crede nella retorica del dono, a parere di chi scrive, fa finta di non vedere la realtà”, aggiungendo quindi alcuni interrogativi che, in realtà, già racchiudono la risposta: “quale donna veramente libera e consapevole presterebbe il proprio corpo, il proprio coinvolgimento emotivo, in un’esperienza che comporta un distacco così doloroso? Quale donna totalmente disinteressata sarebbe pronta a sacrificare anche la propria salute?” (252).

Si trascura tuttavia – a me pare – che una madre o una sorella, che sarebbero disposte – laddove vi fosse la necessità di un trapianto – anche a donare un organo del proprio corpo alla congiunta malata, ad uguale (e, forse, ad ancora maggior) titolo potrebbero verosimilmente dichiararsi pronte a prestarsi per il fatto procreativo, tanto più poi se si considera che il temuto distacco non vi sarebbe o sarebbe fortemente attenuato dalle assidue frequentazioni tra i familiari.

persona legata alla committente da vincolo di consanguineità. E, tuttavia, ove si abbia di mira l'adozione di una soluzione non afflitta da eccessiva rigidità bensì, per quanto possibile, temperata e conciliante nei riguardi dei plurimi interessi in campo, parrebbe preferibile tenere fermo il divieto di surrogazione in ogni caso in cui essa si svolga al di fuori della cerchia familiare, nella sua ristretta accezione (riferita, cioè, unicamente a persone legate da rapporto di parentela di primo grado, quale si ha tra madre e figlia, o tra sorelle), presumendosi ragionevolmente in quest'ultima evenienza la gratuità del fatto procreativo, salva beninteso la sempre possibile prova del contrario³⁷. È il mercimonio del corpo che non può, in alcun caso, essere tollerato, tanto più laddove consegua allo sfruttamento di una condizione d'indigenza della gestante, e che, già solo per ciò, comporta un *vulnus* irreparabile alla sua dignità. Né, a far ritenere diversamente, soccorre l'eventuale adesione spontanea della persona che si presti a portare avanti la gravidanza; e ciò, per una duplice ragione, per un verso, risultando assai arduo dimostrare la piena libertà nella formazione del volere di chi è oppresso dal bisogno e, per un altro (e risolutivo) verso, per il fatto che la spontanea autodeterminazione, quand'anche sia provata, ugualmente non esclude o rimuove il *vulnus* in parola, quale può oggettivamente aversi anche indipendentemente dall'autodeterminazione medesima (si pensi, ad es., ad una *escort* che si venda anche solo per poter disporre di somme considerevoli di denaro da investire in auto di lusso, gioielli e quant'altro determina condizioni agiate di vita)³⁸.

Come che sia di ciò, netta e senza riserve è, ad ogni buon conto, la censura della surrogazione di maternità, con specifico riguardo alla lesione patita dalla dignità della donna, in [Corte cost. sent. n. 272 del 2017](#) (spec. al punto 4.2 del *cons. in dir.*), sulla quale T. si sofferma a 418 ss.³⁹. Un'attenzione per la dignità della persona, oggettivamente intesa, che – è appena il caso qui di rilevare di passaggio – la Corte non disdegna di manifestare ogni qual volta gliene sia data l'opportunità, come ha avuto modo di fare, ad es., con la già richiamata [sent. n. 141 del 2019](#)⁴⁰ (in tema di prostituzione), rimarcandone il degrado laddove si faccia del corpo umano un oggetto di scambio commerciale.

In realtà, a me pare che, nei casi di surrogazione dietro compenso, tutti i soggetti coinvolti ne vengano incisi nella loro dignità, a partire proprio dal bambino⁴¹.

Ora, è pur vero che l'interesse del minore – si è altrove tanno notare⁴² – si pone quale “nozione paurosamente oscillante e suscettibile di trasformarsi camaleonticamente in ragione dei casi, disponendosi docilmente a sue plurime, continuamente cangianti appunto, ridefinizioni da parte dell'operatore di turno”. Si danno, nondimeno, taluni casi – e questo è sicuramente quello in cui si converte innaturalmente una persona (il bambino) da *soggetto* in *oggetto* di scambio a titolo oneroso – in cui non può sussistere dubbio alcuno a riguardo del fatto che il neonato sia offeso nella sua stessa *humanitas*, nella essenza di persona venuta alla luce allo specifico fine di farne l'oggetto di una innaturale compravendita.

³⁷ Di questa idea mi sono già dichiarato in altri luoghi, tra i quali il mio *La maternità surrogata, ovverosia 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., inoltre, 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 2017/I](#), 138 ss., spec. 142 ss. Di recente, distingue tra la gestazione per conto terzi di natura commerciale da quella altruistica C. CASELLA, “Gestazione per altri” e interessi in conflitto, in [Biolaw Journal](#), 1/2020, 321 ss.

³⁸ Torna qui – come si vede – a riproporsi quella visione oggettiva della dignità cui si è poc'anzi fatto cenno.

³⁹ Su ciò, v. F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità*, cit., 212 ss., e C. SALAZAR, *La maternità surrogata al vaglio della Corte costituzionale*, cit.

⁴⁰ *Supra* alla nota 25.

⁴¹ Sulla dignità dell'embrione V. TIGANO si era già intrattenuto in *De dignitate non disputandum est? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla P.M.A.*, cit., spec. 11 ss. Manifesta, ora, perplessità in merito al richiamo fatto in giurisprudenza a siffatto concetto, giudicato afflitto da consustanziale vaghezza, M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., p. I, cap. IV, § 4 (con specifico riguardo all'uso fattone da [Corte cost. sent. n. 84 del 2016](#), cit.), la quale nondimeno non trascura di evidenziare la esistenza di “rischi di reificazione” del nascituro e del nato (p. II, cap. III, § 3).

⁴² ... nel mio *La maternità surrogata*, 60 ss., e 65, per il riferimento testuale che subito segue nel testo. Avverte contro il rischio di strumentali utilizzi del *best interest of the child* E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano 2016.

Ad ogni buon conto, al fine di una opportuna messa a fuoco del senso complessivo posseduto dall'art. 12, VI c., occorre prestare la dovuta attenzione alla evoluzione che va registrandosi in seno alla giurisprudenza comune con riflessi immediati e già al presente tangibili sulla stessa giurisprudenza costituzionale. Per l'uno aspetto, un particolare rilievo va assegnato alla iniziativa adottata dalla I sez. civ. della Corte di Cassazione (n. 8325 del 2020) che ha posto una questione di costituzionalità specificamente riguardante la tutela dei minori nati per effetto di surrogazione effettuata all'estero⁴³. Per il secondo, poi, al momento in cui si scrive si dispone di un comunicato stampa emesso dalla Consulta il 28 gennaio scorso dal quale risulta che – fermo il divieto di surrogazione stabilito dalla legge – il giudice costituzionale considera essergli precluso l'intervento manipolativo sollecitato dall'autorità remittente al fine di assicurare la dovuta tutela ai minori venuti alla luce grazie alla tecnica riproduttiva in parola e si rimette, pertanto, a soluzioni normative frutto di apprezzamento politico-discrezionale del legislatore. Ad oggi, dunque, il giudice delle leggi parrebbe orientato a non mettere piede nel campo materiale demandato alla esclusiva cura del legislatore. L'esperienza, nondimeno, consiglia al riguardo cautela, dandosi non poche testimonianze di un successivo ripensamento da parte della Corte che, nella perdurante assenza di disciplina legislativa, ha posto quindi direttamente mano a colmare la lacuna incostituzionale.

Delicate questioni si pongono, poi, in relazione alla punibilità in Italia della surrogazione di maternità messa in atto all'estero (395 ss.), con specifico riguardo al delitto di alterazione di stato mediante falsità, di cui all'art. 567, II c., c.p. (408 ss.), in relazione al quale incerta appare essere la determinazione del tempo di commissione del reato se al momento della confezione dell'atto di nascita all'estero ovvero a quello della sua trascrizione nel nostro Paese (410 ss.), per quanto la lettera dell'enunciato, laddove fa riferimento alla “formazione” dell'atto di nascita, induca per vero ad optare per il primo corno dell'alternativa.

5. Una stringata notazione finale, in attesa di una nuova disciplina legislativa connotata da strutturale flessibilità e rispondenza ai valori costituzionali, nel loro fare “sistema”

Il libro chiude il suo lungo e costruttivo percorso di ricerca (467) così come lo aveva avviato (*Introduzione*, XXIII), esprimendo l'auspicio che i divieti previsti dalla legge 40 “lascino spazio – ove possibile e opportuno – a un sistema di regolamentazione flessibile, che tenda a bilanciare la tutela del minore con le garanzie dei diritti riproduttivi degli aspiranti ricorrenti alle tecniche”.

Al di là di come si valuti nel merito questa conclusione (che, per vero, solleva qualche riserva, specie in relazione al *best interest of the child*), apprezzamento essa merita per il *metodo* che la ispira e sostiene, vale a dire per la sollecitazione ad un complessivo rifacimento dell'impianto legislativo, sì da dotare la relativa struttura della necessaria flessibilità e rispondenza ai valori costituzionali, nel loro fare “sistema”. Esattamente come si fa nelle zone ad alto rischio sismico, l'edificio normativo dev'essere infatti messo in grado di reggere alle scosse telluriche che vengono a getto continuo dai casi, specie laddove i diritti fondamentali (e, sopra tutti, il “metadiritto” della dignità) siano sottoposti a forte *stress* da forze non di rado occulte, abili a mimetizzarsi dietro vesti legali, che ne minacciano

⁴³ ... a commento della quale, in aggiunta a C. SALAZAR, *La maternità surrogata al vaglio della Corte costituzionale*, cit., v. F. FERRARI, *La legge “presa sul serio”. Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2/2020, 31 maggio 2020, 532 ss., nonché l'intervista di R. Russo a G. LUCCIOLI, S. STEFANELLI, M. GATTUSO e M. PALADINI, dal titolo *Maternità surrogata e status dei figli*, in [Giustizia Insieme](#), 6 novembre 2020.

La giurisprudenza di legittimità si era, peraltro, già ripetutamente dichiarata per il mantenimento del divieto di surrogazione di maternità [riferimenti in R. TREZZA, *Maternità surrogata: ordine pubblico o best interest of the child?*, in [Federalismi.it](#), 22/2020, 22 luglio 2020, 278 ss.]. Si segnala, poi, da ultimo, che il 12 gennaio scorso si è tenuta presso le Sezioni unite l'udienza relativa al riconoscimento dell'adozione legittimante avvenuta all'estero a favore di coppia composta da persone dello stesso sesso. Le conclusioni del Sostituto Procuratore Generale, L. DE RENZIS, che avvertono del rischio dell'aggiramento, per la via sopra indicata, del divieto di surrogazione di maternità possono vedersi in [Centro Studi Livatino](#), 27 gennaio 2021.

la integrità, o da emergenze, quale quella sanitaria in atto, che li obbligano a sottostare a gravi sacrifici.

Ora, sulla flessibilità in parola conviene – come si sa – un nutrito schieramento di studiosi di varia estrazione⁴⁴, a conferma del fatto che è largamente e intensamente avvertito il bisogno di ritrovare e preservare un equilibrio tra legislatore e giudici, all’uno spettando l’*opus primum* della definizione della disciplina di principio relativa a questioni eticamente sensibili ed agli altri poi il compito non meno arduo e non di rado sofferto della produzione delle regole volte a darvi *attuazione*, in ragione dei peculiari connotati dei casi⁴⁵, e non già mera *applicazione*, come pure patrocinato da un’accreditata dottrina⁴⁶. D’altronde, l’esperienza conferma che, laddove il legislatore faccia invece luogo a discipline eccessivamente minute e dettagliate, le stesse poi non di rado non resistono all’urto dei casi, trovandosi pertanto obbligati i giudici a far luogo al loro temperamento, flessibilizzandone appunto la struttura. La qual cosa prende forma presso la Consulta a mezzo della tecnica decisoria delle additive di principio, nel mentre i giudici comuni, ove non sollecitino l’intervento del giudice costituzionale, pongono talvolta in essere interpretazioni... *manipolative* e *sananti* della sostanza normativa dei testi di legge. In un caso e nell’altro, come si vede, si assiste ad una sovraesposizione dei giudici che potrebbe essere evitata laddove si riuscisse a raggiungere l’equilibrio suddetto. Ora, è pur vero che quest’esito – come si diceva – non è affatto di pronto e diffuso riscontro; e, tuttavia, verso di esso occorre in modo risoluto puntare, dal momento che solo così l’impianto istituzionale definito, nelle sue linee portanti, dalla Carta può reggersi e resistere a quelle scosse telluriche di cui un momento fa si diceva, specie in congiunture nelle quali sono gravemente minacciate le basi stesse dell’edificio costituzionale e può essere colpito il cuore pulsante della Costituzione, i diritti fondamentali.

⁴⁴ *Ex plurimis*, A. D’ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in [Biolaw Journal](#), 1/2016, 105 ss.; P. VERONESI, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, [ivi](#), 2/2018, 77 ss.; nella stessa [Rivista](#), M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, [La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell’art. 5 del codice civile?](#), in questa [Rivista 2018/I](#), spec. 235 ss. e, dello stesso, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in [Giustizia Insieme](#), 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all’autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 90 ss. Da ultimo, v. le precisazioni al riguardo svolte da M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., spec. p. I, cap. I, § 4, e p. II, cap. II, § 5, ma *passim*. Infine, se si vuole, anche i miei *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., e, con specifico riguardo al tema che oggi ci occupa, *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D’Amico - L. D’Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 257 ss., nonché in [Federalismi.it](#), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4.

⁴⁵ Casi – è appena il caso qui di rammentare – che, pur laddove sembrano assai simili e persino identici tra di loro, per il modo oggettivo con cui si presentano, possono invece essere (ed effettivamente sono) molto diversi (come si è appena veduto ragionando della surrogazione di maternità), sì da richiedere trattamenti giuridici parimenti diversi. Cosa che, in ultima istanza, può aversi solo a mezzo della “leale cooperazione” tra legislatore e giudici, nei termini sopra sommariamente delineati.

⁴⁶ Part., M. LUCIANI, in più scritti, tra i quali *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [Rivista AIC](#), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, 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.

Adesione alla indicazione teorica, di cui al testo, a favore della quale mi sono in altri luoghi dichiarato, manifesta ora 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.

Roberto Toniatti**La rilevanza della Corte costituzionale italiana in prospettiva comparata* ****

ABSTRACT: *The paper (written for being presented to a public of Mexican constitutionalists) deals with the Constitutional Court's role in controlling the transition to constitutional democracy in Italy after WW2. Very few precedents could support the innovative framing of the institution and Italy, in 1947 (together with Germany, in 1949) was a pioneer in starting an analogous process that was eventually adopted by all countries in Southern, Central, Eastern and South Eastern Europe acceding to European mainstream constitutionalism (rule of law, human rights, and democracy). Some structural differences of the Italian Court regarding features that are generally present in other countries in Europe are examined and some final remarks on the substantive contribution given by the Court's case-law and constitutional adjudication are provided.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La genesi della Corte costituzionale in prospettiva diacronica. – 2.1 La recezione dei precedenti. – 2.2 L'avvio della giurisprudenza costituzionale quale strumento di garanzia nella transizione costituzionale. – 3. La configurazione della Corte costituzionale nel quadro comparato: competenze tipiche e atipiche rispetto al modello europeo. – 3.1 L'assenza del ricorso individuale diretto. – 3.2 La limitazione degli atti oggetto del controllo di costituzionalità. – 3.3 L'estensione del controllo di costituzionalità alle leggi di revisione costituzionale. – 3.4 L'estensione del controllo di costituzionalità al referendum abrogativo. – 3.5 L'assenza delle opinioni individuali dei giudici costituzionali. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione.

Nella sua non lunga storia in qualità di stato nazionale unitario – acquisita alla fine di un processo di unificazione che si è sviluppato gradualmente tra il 1861 e il 1918, ossia alla fine del primo conflitto mondiale - l'Italia ha conosciuto solo due carte costituzionali¹. La prima è stata lo Statuto Albertino, concepito e formulato nel 1848 come legge fondamentale del Regno di Sardegna e, dopo il 1861, esteso a tutto il territorio del nuovo Regno d'Italia. La seconda, dopo l'esperienza del periodo autoritario e nazionalista identificato con il fascismo (che non aveva ritenuto necessario sostituire lo Statuto monarchico) ed altresì dopo la sconfitta militare nella Seconda guerra mondiale, è la vigente Costituzione repubblicana del 1947.

Questa brevissima nota introduttiva di storia costituzionale italiana si propone di suggerire il contesto nel quale spiegare e giustificare, a mio giudizio, il senso della qualificazione della Costituzione italiana come «la più bella del mondo»: si tratta, infatti, di una qualificazione – non solo non tecnica per un giurista e non ammissibile per un comparatista ma – da intendersi come non assoluta ed anzi del tutto relativa nel quadro circoscritto di un confronto diretto con lo Statuto Albertino. Quest'ultimo, infatti, ha rappresentato una fonte costituzionale caratterizzata, sia per le sue origini di *charte octroyée*², sia per la portata materiale di molte delle sue prescrizioni, da un'indole

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 14, del regolamento della Rivista.

** Il testo costituisce la versione italiana della relazione “La relevancia de la Corte Constitucional italiana en perspectiva comparada” presentata come introduzione al convegno “Los 70 años de la más bella del mundo. Estudio de la Jurisprudencia constitucional italiana en materia de derechos fundamentales” organizzato dall'Observatorio Internacional de Derechos Humanos (OiDH) della Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, Coahuila, Mexico nei giorni 22 e 23 novembre 2018. La traduzione spagnola è stata pubblicata nel volume (a cura di Luis Efrén Ríos Vega e Irene Spigno) Los Derechos Fundamentales en el Siglo XXI. Tomo II El estudio comparado Estudios de casos líderes nacionales y extranjeros Vol. XVII. La jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en materia de derechos fundamentales, tirant lo blanc, Ciudad de México, 2021.

¹ È pur vero, tuttavia, che, a partire dal 1796, una quarantina di atti ovvero di progetti costituzionali sono stati adottati da parte di singoli ordinamenti statuali (ma anche di città e province) dell'Italia pre-unitaria: il relativo testo è consultabile nell'[Archivio delle Costituzioni Storiche](#) del Dipartimento di Scienze Giuridiche (Univers. Torino).

² Si consideri l'*incipit* e la chiusura del testo della proclamazione: “Con lealtà di Re e con affetto di Padre Noi veniamo oggi a compiere quanto avevamo annunciato ai Nostri amatissimi sudditi col Nostro proclama dell' 8 dell'ultimo scorso febbraio, con cui abbiamo voluto dimostrare, in mezzo agli eventi straordinari che circondavano il paese, come la Nostra

fortemente conservatrice ed arretrata rispetto ad altre analoghe fonti di origine negoziata – quale, ad esempio, la Costituzione del Belgio del 1831 - che esprimevano una maturazione ben più sviluppata degli assetti di governo delle monarchie costituzionali nel secolo XIX. Insomma, a voler seguire ad utilizzare questa categoria estetica e giuridicamente inesistente, non si potrebbe negare che la Costituzione repubblicana, rispetto allo Statuto Albertino – indubbiamente «più brutto» - è senza dubbio e infinitamente «più bella».

Nondimeno, è dato segnalare un'altra possibile accezione nella quale si potrebbe ipotizzare l'uso di quella formula, segnatamente con riguardo al divario fra la vigente Costituzione repubblicana e altri possibili testi alternativi virtualmente suscettibili di adozione da parte dell'Assemblea costituente eletta nel giugno del 1946, tenendo in considerazione i limiti di cultura costituzionale di molti membri di quell'Assemblea la cui formazione giuridica risaliva al periodo cripto-liberale antecedente il conflitto del 1914-1918: si trattava di una cultura dello Stato tipica dell'Ottocento, ancora incerta sulle prospettive della razionalizzazione formale della forma di governo parlamentare, fondata sul concetto di primato della legge ordinaria quale fonte normativa esclusiva, ben ancorata alle concezioni del positivismo statualista che non a caso aveva dominato nel ventennio della dittatura. Con queste premesse, è chiaro che l'esito finale dei lavori dell'Assemblea costituente aveva rischiato di essere molto peggiore rispetto a quello che la Costituzione repubblicana è stata ed è. Si tratta, evidentemente, di esiti virtuali, non materializzati se non negli interventi dei componenti più conservatori e meno inclini alle innovazioni, a maggior ragione se ispirate a modelli stranieri, come spesso avvenuto. Dunque, rispetto ad ipotetici testi alternativi – a suo tempo non del tutto impossibili – la Costituzione del 1947 potrebbe, alla fine, qualificarsi almeno come «bella».

Esiste, tuttavia, un terzo ordine di considerazioni che, infine, potrebbe indurre ad accedere all'uso dell'espressione la “più bella del mondo”, riconducibile alla rilevazione del ruolo importante e cruciale che la Costituzione repubblicana ha svolto, in questi otto decenni trascorsi dalla sua adozione, nel promuovere la tavola dei valori fondamentali dei cittadini italiani: un ruolo educativo, pertanto, che si è rivolto alla generalità dei suoi destinatari, uomini e donne, all'opinione pubblica, alla classe politica, agli amministratori pubblici, agli stessi magistrati. In altre parole, a mio giudizio, occorre ammettere che la Carta repubblicana, più che riflettere staticamente gli orientamenti degli italiani del 1946-1948, ne ha anticipato dinamicamente la percezione, la sensibilizzazione, la consapevolezza e la maturazione verso i valori dello stato costituzionale di diritto, della democrazia costituzionale, della tutela dei diritti fondamentali propri della cultura europea sino a permettere il consolidamento di quegli stessi valori repubblicani ed europei nella società e nell'ordinamento giuridico. E si può solo sperare che questo stesso ruolo educativo possa ancora continuare a svolgersi, consegnando ai margini del consenso politico i nuovi venti nazionalistici e xenofobi che hanno cominciato a soffiare impetuosamente anche in Italia come in altre parti d'Europa.

In questo terzo senso – limitato esclusivamente al contesto nazionale -, potrei io stesso condividere il giudizio circa la «bellezza» superlativa della Costituzione italiana, senza che il patriottismo costituzionale – nel significato elaborato da Habermas - si trasformi in nazionalismo costituzionale e, poi, in nazionalismo *tout court*. Secondo i parametri della comparazione giuridica, non può esservi un testo costituzionale che possa essere qualificato come “il più bello”, mentre si può parlare di testi che, *a priori*, promettono di essere – ovvero, *a posteriori*, abbiano dimostrato - di essere adeguati, efficaci, idonei per l'ordinamento al quale sono destinati. E, come già detto, almeno sotto il profilo dell'espressione del suo potenziale educativo, queste qualità si ritrovano ancora oggi nella Costituzione italiana del 1947.

confidenza in loro crescesse colla gravità delle circostanze, e come prendendo unicamente consiglio dagli impulsi del Nostro cuore fosse ferma Nostra intenzione di conformare le loro sorti alla ragione dei tempi, agli interessi ed alla dignità della Nazione Perciò di Nostra certa scienza, Regia autorità, avuto il parere del Nostro Consiglio, abbiamo ordinato ed ordiniamo in forza di Statuto e Legge fondamentale, perpetua ed irrevocabile della Monarchia, quanto segue [...]”.

2. La genesi della Corte costituzionale in prospettiva diacronica.

Una volta ridotta e ridimensionata la portata del superlativo, risulta più agevole procedere ad elaborare un quadro comparato nel cui ambito procedere a ricostruire alcuni profili della configurazione della Corte e a qualificarne l'operato.

In tale prospettiva, conviene soffermarsi sul contesto storico-politico nel quale si collocano le origini della Costituzione repubblicana e della sua previsione di un organo di natura giurisdizionale titolare del controllo di costituzionalità. Tale previsione ha rappresentato un'assoluta innovazione nell'esperienza italiana, ma, in realtà, salvo rare eccezioni, non solo in Italia: nell'immediato secondo dopoguerra, infatti, è dato verificare un momento di incrocio fra taluni sviluppi costituzionali progressi, già manifestatisi – benché magari solo in forma iniziale e potenziale –, da un lato e, dall'altro, l'avvio di una diversa concezione circa il ruolo innovatore e il valore normativo di una costituzione.

Nel quadro di una valutazione comparata diacronica, pertanto, occorre osservare come la Costituzione italiana abbia proceduto sia a recepire la *ratio* dei modelli scaturiti dalle rarissime esperienze straniere di giustizia costituzionale anteriori nel tempo, sia ad offrire un potenziale di impulso per ulteriori progressi dell'espansione dell'istituto nel contesto europeo.

2.1 La recezione dei precedenti.

La previsione stessa dell'istituto della giurisdizione di costituzionalità colloca il suo organo centrale – la Corte costituzionale italiana, sia sotto il profilo strutturale, sia per quanto ne concerne i principali profili funzionali – in linea di continuità con le rare esperienze costituzionali del tempo, che erano state in grado di contribuire a concretizzare l'opera di Hans Kelsen in Austria e Cecoslovacchia (1920)³ circa la razionalizzazione, in conformità con i postulati di un ordinamento giuridico codificato dell'Europa continentale, dell'esperienza del *judicial review* maturata negli Stati Uniti d'America – a partire dal ragionamento puntualmente svolto in [*Marbury v. Madison*](#) nel 1803 – da premesse di cultura giuridica e giurisdizionale loro proprie⁴.

In estrema sintesi, possiamo notare come tale adattamento europeo abbia comportato, in particolare, l'effetto di annullamento – e non solo di disapplicazione – di una norma dichiarata costituzionalmente illegittima. Si tratta, di conseguenza, di un effetto formalmente *erga omnes* e non solo *inter partes*. Da ultimo, registriamo come, in una tradizione giuridica che non è fondata sul principio del precedente vincolante, l'efficacia di una dichiarazione di illegittimità costituzionale non potrebbe conseguire che dalla decisione di un sistema di controllo accentrato.

Tutti questi dati connotativi sono presenti nella configurazione della Corte italiana che li ha recepiti direttamente dalle esperienze originarie richiamate. È vero che già anche la Costituzione della Repubblica d'Irlanda del 1936 aveva disciplinato il controllo di costituzionalità come competenza limitata ai due organi giurisdizionali supremi – la *High Court* e la *Supreme Court* –, ma non deve dimenticarsi che si tratta di un altro ordinamento di *common law*. Nel continente europeo, oltre alle due esperienze già menzionate dell'Austria e della Cecoslovacchia, l'unico precedente che si potrebbe

³ Un approfondito studio comparato delle esperienze austriaca, cecoslovacca (entrambe del 1920) e spagnola (1931) – esteso anche al contesto costituzionale di Weimar ed al suo prezioso apporto teorico in argomento – quali precedenti storici del modello europeo cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987.

⁴ In proposito si segnalano anche le intuizioni di Georg Jellinek elaborate in G. JELLINEK, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, Hölder 1885; trad. italiana *Una Corte costituzionale per l'Austria*, a cura di E. Palici di Suni, Torino, 2013 (nella Presentazione si precisa come l'intento dell'Autore fosse “di rafforzare la Costituzione [austriaca] e di incrementare la fiducia generale su cui si fonda il costituzionalismo” nel contesto dell'analisi circa “l'evoluzione del concetto di Stato di diritto nel diciannovesimo secolo”, *ibid.*, 9.

in parte e virtualmente richiamare in proposito sarebbe il *Tribunal de Garantías Constitucionales* della Seconda Repubblica spagnola.

In Francia, infatti, nessuno dei due testi costituzionali elaborati nel 1946 (né il primo progetto respinto in sede referendaria nel giugno, né il secondo, entrato poi in vigore) aveva previsto un organo di natura giurisdizionale per la tutela della supremazia della fonte costituzionale, ma si era limitato ad istituire una commissione parlamentare di controllo con caratteri tipicamente politici che, per di più, non era mai riuscita ad operare con efficacia. Pertanto, se ricordiamo che la Costituzione della Germania è del 1949, occorre riconoscere che, nel secondo dopoguerra, è proprio la Costituzione italiana del 1947 che, in base all'ispirazione proveniente dai due precedenti già citati ma con caratteri originali suoi propri, ha stabilito storicamente nel continente europeo l'avvio della «giustizia costituzionale», come in Europa viene denominato l'insieme delle funzioni degli organi giurisdizionali del controllo di costituzionalità.

2.2 *L'avvio della giurisprudenza costituzionale quale strumento di garanzia nella transizione costituzionale.*

Se, dunque, guardando al passato, emerge la capacità recettiva rispetto ai rari precedenti idonei a costituire un modello, l'opzione dell'Assemblea costituente italiana - a maggior ragione se letta in congiunzione con l'adozione del *Grundgesetz* da parte della Germania federale - manifesta l'orientamento volto a formalizzare il paradigma del controllo giurisdizionale di costituzionalità quale titolo di subordinazione della discrezionalità politica maggioritaria del legislatore parlamentare. Si tratta di un autentico superamento di dogmi culturali del costituzionalismo liberale dell'800, destinato, fra l'altro, ad introdurre una cesura non marginale rispetto all'autorevolezza - esercitata per oltre un secolo - propria del costituzionalismo britannico in relazione al principio della *parliamentary sovereignty*, già revocata in dubbio, del resto, dalla formalizzazione della rigidità costituzionale sul continente, anche in questo caso allontanandosi dal principio secondo il quale *Parliament cannot bind itself*⁵.

A questi rilievi tipicamente giuridici, occorre aggiungere un ulteriore elemento di analisi comparata connesso con il contesto politico post-bellico. Non potrebbe ignorarsi, infatti, che tanto l'Italia repubblicana quanto la Germania liberaldemocratica, pur confermando la forma di governo parlamentare, per evidenti ragioni storiche non potevano fare affidamento esclusivo sulla garanzia espressa dal principio di legalità maggioritaria come formalizzato nella legislazione parlamentare espressiva degli indirizzi politici prevalenti. Occorre, piuttosto, subordinare la maggioranza parlamentare contingente non solo ad una norma di rango superiore, ma anche affidare il controllo di questo assetto gerarchico delle fonti ad un organo estraneo alla competizione elettorale, dotato dei requisiti dell'indipendenza, dell'imparzialità e della professionalità tecnica, disciplinato in conformità con alcune tipicità del metodo giurisdizionale quali l'assenza di una potestà di iniziativa e l'obbligo di motivazione delle proprie deliberazioni.

Inoltre, sia in Italia che in Germania il potere costituente ha proceduto ad adottare un ulteriore fattore di razionalizzazione dell'architettura costituzionale rispetto all'esperienza statunitense: si tratta della deroga al metodo burocratico previsto per il reclutamento dei giudici ordinari che viene sostituito dall'adozione di un sistema di nomina ed elezione dei giudici costituzionali da parte di organi di indirizzo politico. In altre parole, da un lato si subordina la discrezionalità politica del legislatore parlamentare, dall'altro si compensa, per così dire, tale subordinazione con la potestà

⁵ Ricordiamo tuttavia come nello stesso ordinamento britannico il *Human Rights Act* del 1998 ha introdotto una forma di *judicial review* avente ad oggetto anche atti legislativi in relazione alla loro conformità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, secondo la giurisprudenza della Corte europea, con la potestà di notificare al Parlamento una dichiarazione di incompatibilità rispetto alla quale, nondimeno, il Parlamento continua ad esercitare piena discrezionalità politica e legislativa.

parlamentare di esercitare ovvero di partecipare alla funzione di definire la composizione personale dell'organo di giustizia costituzionale insieme ad altre istituzioni⁶.

Alla luce di tali considerazioni, occorre rilevare come l'incorporazione del nuovo paradigma costituzionale abbia formalizzato l'attribuzione alla Corte della titolarità del ruolo di controllore finale circa l'avvio, lo svolgimento e, in qualche modo, il consolidamento della transizione costituzionale da una forma di stato autoritario, totalitario e razzista ad altra forma di stato di tipo liberale, democratico, sociale. La garanzia istituzionale circa la transizione costituzionale, in altre parole, si configura come un'attività non rimessa in via esclusiva agli organi politici ma condivisa anche dal combinato disposto del circuito giudiziario espresso dai cittadini, dai giudici comuni e dalla Corte costituzionale. In tale contesto, si giustifica e si comprende meglio il riferimento sopra svolto alla funzione educativa e di formazione civica svolta dalla Costituzione repubblicana in Italia.

L'esercizio puntuale, capillare, addirittura minuto assicurato dalla garanzia giurisdizionale della transizione costituzionale e dell'effettività della supremazia della fonte costituzionale si qualifica anche proprio per il suo svolgimento nell'ambito delle situazioni che investono la sfera dei diritti individuali di cittadini consapevoli dei propri diritti assistiti da un'avvocatura altrettanto motivata.

È in questo contesto che si colloca il ruolo del tutto innovativo che la Corte costituzionale italiana – storicamente seguita dalla Corte di Karlsruhe⁷ - ha svolto in relazione alle successive fasi di transizioni costituzionali vissute nel continente europeo: dopo la svolta impressa da Italia e Germania, infatti, a partire dalle transizioni dell'Europa meridionale negli anni '70 del secolo scorso (Grecia, Portogallo, Spagna) per proseguire con quelle dell'Europa centrale, orientale e balcanica a cavallo del secolo, inevitabilmente ed univocamente i nuovi ordinamenti post-autoritari e post-totalitari si sono dotati di un organo di natura giurisdizionale preposto al controllo di costituzionalità⁸.

Non è un caso, di conseguenza, se le uniche carte costituzionali prive di tale organo siano quei (pochi) ordinamenti che non hanno mai generato dal proprio interno regimi politici oppressivi quali gli Stati scandinavi (Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia, Svezia), i Paesi Bassi (il testo della cui vigente Costituzione si spinge sino a porre il divieto del controllo giurisdizionale delle leggi)⁹, la

⁶ Nel caso italiano, come noto, la designazione dei quindici giudici costituzionali è attribuita per un terzo al Presidente della Repubblica - con atto sostanzialmente presidenziale privo di proposta ministeriale -, per un terzo alle Camere riunite con requisito di maggioranza qualificata e per un terzo all'elezione da parte delle supreme magistrature ordinaria (Corte di Cassazione), amministrativa (Consiglio di Stato) e contabile (Corte dei conti). Anche nel caso tedesco la funzione di designazione dei giudici costituzionali è distribuita fra il *Bundestag* (la Camera elettiva rappresentante del popolo) e i *Länder* – ossia i governi delle autonomie regionali – attraverso il *Bundesrat*. Per ulteriori riflessioni in argomento rinviamo a R. TONIATTI, *Appointing Power e indirizzo politico: le nomine del Presidente Reagan alla Corte Suprema*, in *Quaderni Costituzionali*, 1987 e ID., *La giurisdizione costituzionale nel quadro degli equilibri istituzionali: il rilievo dei profili strutturali*, in M. Calamo Specchia (a cura di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione*, Torino, 2011, 199 ss.

⁷ Si tenga conto, nondimeno, a conferma della validità del timore circa l'inaffidabilità della maggioranza parlamentare nel consolidamento delle innovazioni costituzionali repubblicane del 1948, che la Corte italiana ha iniziato ad operare solo nel 1956 (esprimendo quello che Piero Calamandrei definì brillantemente essere un "ostruzionismo di maggioranza"), mentre il *Bundesverfassungsgericht* ha avviato la propria attività nel 1951.

⁸ Una parziale differenziazione rispetto al modello del controllo accentrato attribuito ad un organo giurisdizionale *ad hoc* si riscontra in Grecia e in Estonia. In Grecia si prevede un controllo diffuso (art. 93.4 "*The courts shall be bound not to apply a statute whose content is contrary to the Constitution*") ed altresì un controllo accentrato e vincolante da parte di una Corte Suprema Speciale titolare di una pluralità di funzioni fra le quali quella di controllo di costituzionalità delle leggi (art. 100). In Estonia, la Costituzione afferma (art. 149) che "*The Supreme Court is also the court of constitutional review*" ma il controllo di costituzionalità è esercitato da una Camera specializzata interna (la *Constitutional Law Chamber*) in analogia con quanto avviene in altri settori rimessi ad altrettante Camere specializzate in diritto civile, penale, amministrativo.

⁹ Così, infatti, prescrive l'art. 120: "*The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts*". Nella Costituzione della Finlandia, peraltro, - nel Capitolo 10 ("*Supervision of legality*"), art. 22 - è previsto che "If, in a matter being tried by a court of law, the application of an Act would be in evident conflict with the Constitution, the court of law shall give primacy to the provision in the Constitution"; cfr. in proposito J. LAVAPURO, T. OJANEN, M. SCHEININ, *Rights-based constitutionalism in Finland and the development of pluralist constitutional review*, in *I•CON*, 2011, 505 ss. In argomento, naturalmente, al di là delle circostanze politiche, si esprime anche un atteggiamento

Svizzera (dove il controllo di costituzionalità è esercitato dal Tribunale federale solo in relazione alle leggi cantonali) e il Belgio, l'origine della cui Corte costituzionale (significativamente nata con un mandato limitato riflesso dalla denominazione *Cour d'Arbitrage*) è connessa alla natura federale dell'ordinamento.

Senza evidentemente registrare un rapporto di causalità ma anche senza limitarci ad una mera ricognizione cronologica, si conferma come l'opzione costituente di ricorrere alla giurisdizione di costituzionalità e di affidarsi al nuovo paradigma del costituzionalismo europeo da parte di Italia (e Germania) per qualificare e rendere credibile la transizione costituzionale abbia segnato l'avvio del *mainstream* costituzionale contemporaneo del continente, con poche (e politicamente pregevoli) eccezioni.

3. *La configurazione della Corte costituzionale nel quadro comparato: competenze tipiche e atipiche rispetto al modello europeo.*

Una volta delineato per sommi capi il quadro comparato diacronico imperniato sulla genesi storica della Corte costituzionale italiana, sulle rare esperienze pregresse e sui successivi sviluppi nel continente europeo, giova ora soffermarsi, con altrettanta sintesi, su quei profili che in qualche modo differenziano l'esperienza italiana in materia rispetto alle distinte soluzioni adottate da altri ordinamenti. In particolare, la Corte italiana – oggetto principale di questa riflessione – si segnala tanto per l'assenza di profili tipici quanto per la presenza di elementi atipici rispetto, in entrambi i casi, a quanto previsto in prevalenza nel contesto europeo. A riguardo, tuttavia, occorre osservare che, a fronte del rilievo di tale assetto formale sul piano sistematico e benché tali distinzioni investano profili non marginali della giurisdizione costituzionale, la prassi spesso riesce tuttavia a trovare rimedio in strumenti che vengono a fungere da equivalenti funzionali.

3.1 *L'assenza del ricorso individuale diretto.*

Una delle più evidenti atipicità della giurisdizione di costituzionalità dell'ordinamento italiano è da individuare nell'assenza del ricorso individuale diretto, corrispondente al *verfassungsbeschwerde* e al *recurso de amparo*, per citare le ben note analoghe soluzioni tedesca e spagnola. In Italia, l'unico rimedio processuale individuale posto a tutela dei diritti costituzionali consiste pertanto nel ricorso in via incidentale nel corso di un processo in fase di svolgimento di fronte al giudice comune; tale ricorso (che può essere mosso anche d'ufficio da parte del giudice oltre che da parte del pubblico ministero) è pertanto sottoposto ad una duplice valutazione da parte del giudice di fronte al quale si svolge un procedimento giudiziario, ossia il giudizio di rilevanza e di non manifesta infondatezza.

Si tratta di una evidente lacuna di natura sistematica se posta in comparazione con il modello ora prevalente in Europa, generata probabilmente non solo dall'orientamento della cultura giuridica dei costituenti poco incline ad avventurarsi su di un terreno del tutto inesplorato rispetto al binomio tradizionale rappresentato dal giudizio di merito e dal giudizio di legittimità – quasi il controllo di costituzionalità potesse venire inteso come un fisiologico ulteriore grado di giudizio -, ma anche da un atteggiamento di estrema prudenza rispetto ad un potenziale contenzioso di grandi proporzioni che avrebbe potuto compromettere la funzionalità del nuovo organo¹⁰.

di cultura politica ed istituzionale: cfr. A. FOLLESDAL, M. WIND, *Introduction, Nordic Reluctance Towards Judicial Review Under Siege*, in *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, 2009, 131 ss.

¹⁰ Occorre segnalare che, in realtà, nell'ordinamento italiano – e precisamente nello Statuto speciale (adottato con legge costituzionale) della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/*Südtirol* – si configura un'ipotesi originale di ricorso diretto di costituzionalità di tipo collettivo a tutela “della parità dei diritti fra i cittadini dei diversi gruppi linguistici o delle caratteristiche etniche e culturali dei gruppi stessi”. Si tratta di un tipo di ricorso conferito in capo alla maggioranza dei gruppi consiliari linguistici, proiezione delle minoranze linguistiche nell'ambito dell'assemblea legislativa. In argomento rinviamo alle rispettive fonti testuali dell'art. 56 (“Qualora una proposta di legge sia ritenuta lesiva della parità

In realtà, l'interesse dell'individuo viene tutelato in via solo indiretta e non preminente rispetto alla tutela oggettiva dell'interesse dell'ordinamento alla garanzia del primato della Costituzione sulle fonti legislative (che sono gli unici atti del potere pubblico che, come vedremo, sono sottoposti al controllo della Corte), come dimostrato con evidenza dalla circostanza per la quale il venir meno del processo *a quo* – ad esempio per la morte del soggetto privato interessato parte del processo – non provoca una corrispondente cessazione del giudizio di costituzionalità, che prosegue normalmente¹¹.

Nondimeno, l'esperienza suggerisce di non limitarsi a registrare una lacuna sistematica ma consente, piuttosto, di individuare una serie di meccanismi che inducono a ritenere la gravità della lacuna solo relativa.

In primo luogo, occorre ricordare come, negli ordinamenti che accolgono il ricorso individuale diretto (fra l'altro, anche contro decisioni giurisdizionali ed amministrative), la quantità dei ricorsi è stata e continua ad essere palesemente esagerata rispetto a quelli che si rivelano in grado di superare la fase preliminare dell'ammissibilità e che, superata la soglia e pervenuti al merito, vengono poi accolti (si tratta di percentuali che mediamente si assestano attorno al tre per cento), a fronte, pertanto, di un cospicuo lavoro istruttorio che assorbe molte energie.

Inoltre, nell'esperienza italiana si sono venuti a configurare una serie di aperture procedurali che hanno valorizzato in misura significativa il ricorso in via incidentale quale strumento di tutela dei diritti individuali. Fra queste, occorre segnalare un graduale ma significativo processo di sensibilizzazione dei magistrati alla giurisdizione di costituzionalità: se nei primi anni erano soprattutto i magistrati di prima istanza – più giovani e di formazione in epoca post-fascista se non repubblicana – a rivolgersi alla Corte costituzionale, con il passare del tempo ricorsi in via incidentale hanno cominciato a provenire anche dalla Corte di Cassazione. Lo stesso rilievo va fatto anche per l'avvocatura. Inoltre, la Corte stessa ha adottato un orientamento espansivo nel riconoscere natura giurisdizionale a determinati organi al fine di ampliare notevolmente la base di accesso al giudizio di costituzionalità.

In epoca più recente, la Corte ha insistito nel valorizzare l'interpretazione conforme alla Costituzione di fonti legislative da parte del giudice comune – in alternativa rispetto alla rimessione della questione alla Corte -, ancorché quelle stesse fonti siano suscettibili anche di un'interpretazione che ne possa comportare la caducazione. Per questa via, il giudice comune è sollecitato a dare applicazione diretta della Costituzione operando sulla propria interpretazione, così introducendo nel sistema una dinamica non troppo distante da un sistema di controllo di costituzionalità di tipo diffuso.

3.2 La limitazione degli atti oggetto del controllo di costituzionalità.

Il ruolo centrale ed esclusivo svolto dal controllo di costituzionalità originato dal ricorso in via incidentale pone in evidenza, secondo quanto già rilevato, come la tutela dei diritti costituzionali individuali ceda il passo al prevalente interesse oggettivo dell'ordinamento alla garanzia del primato della fonte costituzionale su quella legislativa.

dei diritti fra i cittadini dei diversi gruppi linguistici o delle caratteristiche etniche e culturali dei gruppi stessi, la maggioranza dei consiglieri di un gruppo linguistico nel Consiglio regionale o in quello provinciale di Bolzano può chiedere che si voti per gruppi linguistici. Nel caso che la richiesta di votazione separata non sia accolta, ovvero qualora la proposta di legge sia approvata nonostante il voto contrario dei due terzi dei componenti il gruppo linguistico che ha formulato la richiesta, la maggioranza del gruppo stesso può impugnare la legge dinanzi alla Corte costituzionale entro trenta giorni dalla sua pubblicazione, per i motivi di cui al precedente comma. Il ricorso non ha effetto sospensivo"); dell'art. 97 ("Ferme le disposizioni contenute negli articoli 56 e 84, commi sesto e settimo, del presente statuto la legge regionale o provinciale può essere impugnata davanti la Corte costituzionale per violazione della Costituzione o del presente statuto o del principio di parità tra i gruppi linguistici. L'impugnazione può essere esercitata dal Governo [...]"); e dell'art. 98 ("Le leggi e gli atti aventi valore di legge della Repubblica possono essere impugnati dal Presidente della Regione o da quello della provincia, previa deliberazione del rispettivo consiglio, per violazione del presente statuto o del principio di tutela delle minoranze linguistiche tedesca e ladina [...]").

¹¹ Per una puntuale trattazione del tema si rinvia a G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 1988.

A fronte di tale opzione sistematica, si comprende come il testo della Costituzione repubblicana circoscriva la competenza della Corte a giudicare “sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni” (art. 134)¹².

Rispetto al modello europeo, dall’ambito della competenza della Corte rimangono sottratti al controllo, di conseguenza, gli atti amministrativi e, in particolare, i regolamenti, oltre che, evidentemente, le sentenze.

Per quanto riguarda queste ultime, si può ritenere che i gravami già disponibili nei diversi gradi processuali siano di per sé sufficienti alla tutela dei diritti, tenuto conto che proprio nel contesto del processo si può innestare la presentazione del ricorso di costituzionalità con conseguente sospensione del procedimento di fronte al giudice comune. Evidentemente, nella *ratio* di tale meccanismo, l’ordinamento presuppone l’affidabilità del doppio giudizio esercitato del giudice *a quo*, tenuto anche doverosamente conto della formula utilizzata (“non manifesta infondatezza” della questione di legittimità) che rinvia ad un mero dubbio: non un dubbio manifestamente fondato bensì un dubbio non manifestamente infondato e, dunque, pur sempre un dubbio del giudice. L’esperienza, nel complesso, conferma l’affidabilità dei giudici.

Per quanto concerne l’esclusione dei regolamenti dal controllo di costituzionalità, ancora una volta l’ordinamento fa affidamento sulla possibilità di eccepire la legittimità costituzionale della legge in base alla quale il regolamento di per sé “non eccepibile” è stato emanato e della quale seguirà la sorte. Ancora, una volta, l’esperienza conferma la fondatezza di tale ricostruzione – che, non dimentichiamo, è strumentale a garantire la funzionalità della Corte costituzionale e la “distribuzione” ordinaria del lavoro.

Nondimeno occorre rilevare come, a fronte dell’introduzione nel sistema delle fonti della figura del regolamento “indipendente” (nelle “materie in cui manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge”)¹³, si è venuta a configurare una situazione nella quale verrebbe a mancare la legge ordinaria quale fondamento del regolamento stesso, il quale rimarrebbe pertanto sottratto al controllo di costituzionalità pur venendo a rivestire un ruolo ibrido di regolamento la cui unica fonte di grado superiore – in mancanza di una legge ordinaria - sarebbe la Costituzione. Una situazione analoga, pertanto, alla figura del *règlement autonome* francese (previsto dall’art. 37 della Costituzione del 1958) rispetto al quale il *Conseil d’Etat* nella veste di giudice amministrativo ha assunto il ruolo anche di giudice di costituzionalità. Sicché ogni margine di credibilità del regolamento indipendente italiano dovrebbe prevedere l’assunzione, anche, se del caso, da parte della Corte stessa, della competenza necessaria.

In proposito, occorre ricordare come non siano mancate situazioni nelle quali la Corte ha potuto utilizzare il limite qui posto in rilievo quale “alibi” per evitare talune decisioni scomode, quale l’obbligo dell’esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche in quanto riconducibile ad una fonte regolamentare¹⁴.

Del resto, la Corte ha dimostrato di essere in grado di sospendere la forza vincolante di talune restrizioni al proprio funzionamento, come è dato verificare, ad esempio, con riguardo all’orientamento “circa la configurabilità del conflitto costituzionale di attribuzioni in relazione ad atti di valore legislativo, tutte le volte in cui da essi possano derivare lesioni dirette dell’ordine

¹² Nel testo di questa riflessione si tralascia deliberatamente di trattare di altre competenze della Corte le quali – come nell’ipotesi del conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato – espandono in misura notevole e indeterminata l’ambito degli atti sui quali la Corte è abilitata ad intervenire.

¹³ Si tratta della fonte regolamentare prevista dall’art. 17, lett. c) della legge n. 400 del 1988.

¹⁴ Ricordiamo in proposito l’[ord. n. 389 del 2004](#), fondatamente criticata, fra gli altri, da A. PUGIOTTO, *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un’ordinanza pilatesca*, in [Diritto&GiustiziaOnline](#), 2005, n. 3. La circostanza non è stata considerata indifferente dalla *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell’uomo nella sua decisione di secondo grado nel caso Lautsi ([Lautsi and others v. Italy](#), 30814/06 del 2011), dove si legge: “As regards the Government’s opinion on the meaning of the crucifix, the Court notes that the Consiglio di Stato and the Court of Cassation have diverging views in that regard and that the Constitutional Court has not given a ruling (see paragraphs 16 and 23 above). It is not for the Court to take a position regarding a domestic debate among domestic courts”.

costituzionale delle competenze e non esista un giudizio nel quale tale norma debba trovare applicazione e quindi possa essere sollevata la questione incidentale sulla legge)¹⁵.

Ricordiamo, da ultimo, che nell'ordinamento italiano non solo non si disciplina lo *status* nel sistema delle fonti delle fonti di diritto internazionale¹⁶ ma neppure è previsto un controllo preliminare di costituzionalità sulle fonti di diritto internazionale destinate a dispiegare i propri effetti nella sfera interna dell'ordinamento stesso.

Anche in questo caso si tratta di una lacuna di sistema, rispetto alla quale l'unica via percorribile è quella di un'eccezione di legittimità costituzionale nei confronti della legge di esecuzione del trattato internazionale in questione. Si tratta di quanto avvenuto con la nota sentenza Frontini del 1973 in occasione della quale la Corte ha elaborato la nota teoria dei controlimiti interni al primato del diritto dell'Unione europea, ancorché a costo di prospettare – *a posteriori* - conseguenze molto pesanti rispetto alla possibilità di permanenza italiana nell'ordinamento comunitario¹⁷.

Osserviamo nel contesto che anche con riguardo alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – in carenza di un controllo preventivo – la Corte ha potuto in una prima fase palesare un atteggiamento di quasi indifferenza in conseguenza della natura di legge ordinaria dell'atto di esecuzione. È solo dopo la revisione costituzionale dell'art. 117, primo comma del 2001¹⁸ che la Corte – in occasione delle sentenze cosiddette “gemelle” [n. 348](#) e [349 del 2007](#) – ha

¹⁵ Così nella [sent. n. 221 del 2002](#), a conferma della [sent. n. 457 del 1999](#), nella quale trova spazio il ragionamento più ampio sul fondamento dell'intervento eccezionale della Corte (“Resta peraltro fondamentale vera l'affermazione di questa Corte contenuta nella [sentenza n. 406 del 1989](#) – essere il giudizio incidentale il mezzo che il nostro sistema di giustizia costituzionale prevede specificamente, nella generalità dei casi, per sottoporre le leggi al controllo di costituzionalità -. Da ciò non può peraltro derivare l'esclusione assoluta dell'ammissibilità di conflitti di attribuzione prospettati in relazione alla definizione delle competenze operata con legge – con l'eventualità che all'invalidazione di tale atto si possa giungere anche all'esito di un giudizio su conflitto di attribuzione - come del resto questa Corte ha riconosciuto, in relazione a casi ed esigenze particolari, con la [sentenza n. 161 del 1995](#) e, più ampiamente, nella motivazione dell'[ordinanza n. 480 del medesimo anno](#). Dal valore, sì generale (rispetto alle leggi e agli atti equiparati), ma al contempo specifico (rispetto alla generalità degli atti) del giudizio incidentale sulle leggi deriva invece soltanto che deve escludersi, nella normalità dei casi, l'esperibilità del conflitto tutte le volte che la legge, dalla quale, in ipotesi, deriva la lesione delle competenze, sia denunciabile dal soggetto interessato nel giudizio incidentale, come accade di norma quando l'usurpazione o la menomazione del potere costituzionale riguardi l'autorità giudiziaria, nell'esercizio delle sue funzioni ([ordinanza n. 278 del 1997](#)): ipotesi – quest'ultima – che non ricorre evidentemente nel caso presente”).

¹⁶ L'eccezione è rappresentata dall'art. 10, comma 1, Cost. (“L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”), che però si riferisce alle norme internazionali consuetudinarie o generali e non alle fonti pattizie.

¹⁷ Cfr. in argomento la [sent. n. 183 del 1973](#): “L'ampiezza della tutela giurisdizionale che l'ordinamento comunitario assicura contro gli atti dei suoi organi eventualmente lesivi di diritti o interessi dei singoli soggetti è già stata riconosciuta da questa Corte con la [sent. n. 98 del 1965](#) (che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità sollevata in riferimento agli artt. 102 e 113 della Costituzione, con riguardo alla pretesa specialità della Corte di giustizia come organo di giurisdizione e al contenuto della tutela giurisdizionale dalla medesima garantita). Occorre, d'altro canto, ricordare che la competenza normativa degli organi della C.E.E. è prevista dall'art. 189 del Trattato di Roma limitatamente a materie concernenti i rapporti economici, ossia a materie in ordine alle quali la nostra Costituzione stabilisce bensì la riserva di legge o il rinvio alla legge, ma le precise e puntuali disposizioni del Trattato forniscono sicura garanzia, talché appare difficile configurare anche in astratto l'ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana. È appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini -, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la *garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali*. Deve invece escludersi che questa Corte possa sindacare singoli regolamenti, atteso che l'art. 134 della Costituzione riguarda soltanto il controllo di costituzionalità nei confronti delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, e tali, per quanto si è detto, non sono i regolamenti comunitari” (il corsivo è aggiunto).

¹⁸ Questo il testo: “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

riconosciuto a tale fonte la natura di norma interposta, subordinata alla Costituzione ma sovraordinata alla legge ordinaria interna ancorché successiva nel tempo.

3.3 *L'estensione del controllo di costituzionalità alle leggi di revisione costituzionale.*

Probabilmente l'occasione più clamorosa in occasione della quale la Corte costituzionale non ha esitato a proporre una lettura non letterale e generosamente flessibile dell'art. 134 Cost. a vantaggio dell'asserzione della propria competenza è stata la decisione con la quale è stata riconosciuta non solo l'esistenza di limiti sostanziali impliciti alla funzione di revisione costituzionale (al di là di quanto previsto, invece, esplicitamente dall'art. 139)¹⁹, ma anche la competenza della Corte ad ammettere al proprio giudizio di costituzionalità leggi costituzionali e di revisione costituzionale – adottate con la procedura aggravata di cui all'art. 138 Cost. - senza che l'art. 134 ne faccia menzione alcuna.

In base alla celebre [sent. n. 1146 del 1988](#), infatti - la Corte ha precisato che la “Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”.

La Corte ha altresì precisato, in tale contesto, che la categoria dei principi supremi dell'ordinamento valgono anche a restringere il campo del primato delle norme costituzionali che li esprimano rispetto ad altre norme – definite “a copertura costituzionale” – quali il diritto concordatario e il diritto dell'Unione Europea che potrebbero dunque essere validamente in contrasto con singole norme costituzionali ma non con quelle che incorporino i principi fondamentali (o supremi) dell'ordinamento²⁰.

La conseguenza di tali premesse è che, come chiarito dalla stessa Corte costituzionale, “non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore”.

Nella prospettiva comparata qui rilevante, osserviamo dunque che la Corte italiana si colloca nell'ambito degli organi di giustizia costituzionale che affermano l'estensione della propria funzione di garanzia sino alle fonti costituzionali, a fronte di un quadro di diritto positivo nel quale le costituzioni nulla dicono in proposito, salvo alcuni testi più recenti (ad esempio, la Costituzione della Turchia (2017)²¹ – che prevede però solo il controllo formale ed espressamente nega l'ammissibilità

¹⁹ Il testo: “La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale”.

²⁰ Queste le parole della Corte: “Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare «copertura costituzionale» fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai «principi supremi dell'ordinamento costituzionale» (v. [sentt. nn. 30 del 1971](#), [12 del 1972](#), [175 del 1973](#), [1 del 1977](#), [18 del 1982](#)), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte «in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana» (v. [sentt. nn. 183 del 1973](#), [170 del 1984](#))”.

²¹ Si tratta di una disciplina molto dettagliata, prevista dall'art. 148 (As amended on September 12, 2010; Act No. 5982, and on April 16, 2017; Act No. 6771): The Constitutional Court shall examine the constitutionality, in respect of both form and substance, of laws, presidential decrees and the Rules of Procedure of the Grand National Assembly of Turkey, and decide on individual applications. Constitutional amendments shall be examined and verified only with regard to their form. However, presidential decrees issued during a state of emergency or in time of war shall not be brought before the Constitutional Court alleging their unconstitutionality as to form or substance. The verification of laws as to form shall be restricted to consideration of whether the requisite majority was obtained in the last ballot; the

di quello sostanziale – e la Costituzione dell’Ucraina (1996)²² – che le attribuisce un ruolo consultivo obbligatorio – che hanno ritenuto di procedere ad una razionalizzazione normativa in proposito.

La [sent. n. 1146 del 1988](#) della Corte italiana è criticabile, a mio giudizio, non nei suoi lineamenti di fondo né sulla sua opportunità istituzionale ma sul piano della sua effettiva portata prescrittiva e sanzionatoria. La presenza di limiti procedurali – previsti dall’art. 138 – rende plausibile la necessità di un controllo esterno al circuito dell’indirizzo politico, nonostante il requisito di maggioranze qualificate e nonostante l’eventualità persino di un voto da parte del corpo referendario, in un ordinamento ispirato non alla democrazia radicale bensì alla democrazia costituzionale²³. E nessuna distinzione viene mai operata dal testo costituzionale in rapporto al controllo formale e sostanziale. Occorre anche aggiungere che il Presidente della Repubblica non è dotato, nel caso della procedura aggravata, neppure di un potere di rinvio, sicché, all’occorrenza, solo la Corte potrebbe essere un interlocutore autorevole potenziale.

Si noti, tuttavia, che nel caso di specie l’intervento della Corte nel 1988 è intervenuto su di una legge costituzionale adottata nel 1948, dunque a quarant’anni dalla sua approvazione ed entrata in vigore. Un controllo solo eventuale, rimesso – come nel caso *de quo* – ad un ricorso in via incidentale, esercitato senza limiti temporali e dunque idoneo a consentire il *vulnus* alla legittimità costituzionale per un tempo indefinito non si configura come un rimedio credibile ed affidabile ma, al più, come un potenziale deterrente – ancorché del tutto vago e generico – nei confronti del legislatore parlamentare della revisione costituzionale.

Manca, infatti, la previsione di un termine ragionevole anche per un ricorso in via incidentale, così come manca un’indicazione di soggetti istituzionali che abbiano titolo per un ricorso in via principale. In altre parole, la materia richiede probabilmente un atto di razionalizzazione normativa in vista del quale, però, non risulta sia mai stata presentata una iniziativa di legge costituzionale.

3.4 *L’estensione del controllo di costituzionalità al referendum abrogativo.*

Il controllo sull’ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo è un’altra competenza che distingue la Corte costituzionale italiana se non altro in quanto questa forma di democrazia diretta non è presente con i medesimi connotati in altri ordinamenti europei. Tale competenza non è prevista direttamente dalla Costituzione bensì da fonti successive: in particolare, si tratta della legge costituzionale n. 1 del 1953 e della legge 25 maggio 1970, n. 352 che – anche in questo caso con notevole ritardo rispetto all’entrata in vigore della Carta repubblicana - ha disciplinato lo strumento referendario di cui all’art. 75 Cost. in relazione al rispetto dei limiti espliciti ivi previsti²⁴.

In realtà, la giurisprudenza della Corte è andata ben al di là dell’applicazione di quei limiti espliciti come fossero espressivi di un’elencazione tassativa e ha operato impiegando anche altri limiti di ammissibilità di tipo implicito, di natura logico-sistematico. Si tratta di un quadro molto ampio ed articolato, che include leggi materialmente e formalmente connesse a quelle di cui all’art. 75, ogni tipo di fonte per la cui produzione è richiesta la procedura aggravata di cui all’art. 138 Cost., le leggi

verification of constitutional amendments shall be restricted to consideration of whether the requisite majorities were obtained for the proposal and in the ballot, and whether the prohibition on debates under expedited procedure was observed. Verification as to form may be requested by the President of the Republic or by one-fifth of the members of the Grand National Assembly of Turkey”.

²² Cfr. il testo dell’art. 159: “A draft law on making amendments to the Constitution of Ukraine shall be considered by the Verkhovna Rada of Ukraine upon the availability of an opinion of the Constitutional Court of Ukraine on the conformity of such draft law with the requirements of Articles 157 and 158 of this Constitution”. Da ricordare che nel 2010, con una decisione molto criticata anche in sede europea, la Corte ucraina ha invalidato la revisione costituzionale della forma di governo adottata nel 2004.

²³ Cfr. R. TONIATTI, *La democrazia costituzionale repubblicana* in C. Casonato (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione italiana*, Torino, 2009, 35 ss.

²⁴ Prescrive infatti l’art. 75, cpv, che “non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali”.

a contenuto costituzionalmente vincolato, le leggi la cui abrogazione provochi un pregiudizio alla continuità del funzionamento di un organo costituzionale²⁵. Inoltre, la Corte non ha ammesso quesiti referendari che, a suo giudizio, non fossero sufficientemente omogenei, semplici, chiari, non contraddittorii e non consentissero la possibilità di un voto differenziato da parte di ciascun elettore. La Corte stessa, peraltro, in parte imputa l'incertezza quanto ai criteri di ammissibilità alle carenze legislative e ha sollecitato (invano) il legislatore ad intervenire a riguardo²⁶.

La decisa impressione è che, in rapporto alla tensione del tutto fisiologica fra istituti di democrazia diretta e istituzioni di democrazia rappresentativa, la Corte, per quanto accurate le proprie motivazioni, abbia sostenuto – o dovuto sostenere - piuttosto le ragioni di quest'ultima²⁷, benché non siano mancati casi di segno inverso, come quando la Corte ha riconosciuto al comitato promotore lo *status* di potere dello Stato ai fini dell'ammissibilità di un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato²⁸ - precisando che va riconosciuta “agli elettori, in numero non inferiore a 500.000, sottoscrittori della richiesta di *referendum* - dei quali i promotori sono competenti a dichiarare la volontà in sede di conflitto - la titolarità, nell'ambito della procedura referendaria, di una funzione costituzionalmente rilevante e garantita, in quanto essi attivano la sovranità popolare nell'esercizio dei poteri referendari e concorrono con altri organi e poteri al realizzarsi della consultazione popolare”²⁹ - , ovvero ha invalidato la re-introduzione di una norma già abrogata dal voto referendario³⁰, ovvero ancora ha

²⁵ Cfr. la [sent. n. 16 del 1978](#) per le argomentazioni offerte dalla Corte: “ai fini dei singoli giudizi di ammissibilità, questa Corte ritiene che esistono in effetti valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi *referendum*, al di là della lettera dell'art. 75 secondo comma Cost. E di qui conseguono, precisamente, non uno ma quattro distinti complessi di ragioni d'inammissibilità. In primo luogo, cioè, sono inammissibili le richieste così formulate, che ciascun quesito da sottoporre al corpo elettorale contenga una tale pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria, da non poter venire ricondotto alla logica dell'art. 75 Cost.; discostandosi in modo manifesto ed arbitrario dagli scopi in vista dei quali l'istituto del *referendum* abrogativo è stato introdotto nella Costituzione, come strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare. In secondo luogo, sono inammissibili le richieste che non riguardino atti legislativi dello Stato aventi la forza delle leggi ordinarie, ma tendano ad abrogare - del tutto od in parte - la Costituzione, le leggi di revisione costituzionale, le "altre leggi costituzionali" considerate dall'art. 138 Cost., come pure gli atti legislativi dotati di una forza passiva peculiare (e dunque insuscettibili di essere validamente abrogati da leggi ordinarie successive). In terzo luogo, vanno del pari preclusi i *referendum* aventi per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali). In quarto luogo, valgono infine le cause d'inammissibilità testualmente descritte nell'art. 75 cpv., che diversamente dalle altre sono state esplicitate dalla Costituzione, proprio perché esse rispondevano e rispondono a particolari scelte di politica istituzionale, anziché inerire alla stessa natura dell'istituto in questione. Ma, anche in tal campo, resta inteso che l'interpretazione letterale deve essere integrata - ove occorra - da un'interpretazione logico-sistematica, per cui vanno sottratte al *referendum* le disposizioni produttive di effetti collegati in modo così stretto all'ambito di operatività delle leggi espressamente indicate dall'art. 75, che la preclusione debba ritenersi sottintesa”.

²⁶ Così la stessa [sent. n. 16 del 1978](#): “la legge attuativa non chiarisce in nessun modo con quali criteri, da parte di quali organi, in quali momenti, né con quali effetti dovrebbe esercitarsi il controllo sull'omogeneità delle richieste: con la conseguenza che l'introduzione delle necessarie garanzie di semplicità, di univocità, di completezza dei quesiti, presentemente trascurate od ignorate dal legislatore, rimane affidata ad una futura riforma. Ma il sindacato della Corte non si può arrestare di fronte alla constatazione delle carenze o delle lacune della legge n. 352 del 1970. Diversamente dall'Ufficio centrale, tenuto ad accertare la legittimità delle richieste alla stregua di quella legislazione ordinaria che ha determinato “le modalità di attuazione del *referendum*”, questa Corte deve infatti giudicare sull'ammissibilità delle richieste stesse, in diretta applicazione delle norme o dei principi di ordine costituzionale che comportino una causa impeditiva - espressa od implicita - dei voti popolari abrogativi”.

²⁷ Così, ad esempio, la Corte ha riconosciuto che “anche ad ammettere, per pura ipotesi, che sussista un dovere del Parlamento, oltre che di natura politica, anche di carattere giuridico-costituzionale, di attuare e condurre a pieno effetto la volontà espressa dal corpo elettorale attraverso il *referendum* abrogativo, è decisivo rilevare che di fronte all'inerzia del legislatore, pur sempre possibile, l'ordinamento non offre comunque alcun efficace rimedio”: ([sent. n. 5 del 1995](#)).

²⁸ Cfr. l'[ord. n. 2 del 1979](#).

²⁹ Così in [ord. n. 131 del 1997](#).

³⁰ Cfr., in argomento, la [sent. n. 468 del 1990](#).

disposto il trasferimento del *referendum* al testo della legge parlamentare la cui emanazione intenda proprio eliminare l'oggetto stesso della consultazione referendaria ed evitare così il voto popolare³¹.

3.5 L'assenza delle opinioni individuali dei giudici costituzionali.

Un ulteriore fattore di distinzione della Corte costituzionale italiana rispetto alla maggioranza delle analoghe Corti negli altri ordinamenti europei è la qualificazione formalmente unitaria delle deliberazioni e la correlata esclusione di pubblicità per l'opinione dei singoli giudici costituzionali. Non è prevista, infatti, alcuna figura di voto particolare dei singoli componenti l'organo, né nella forma dell'opinione dissenziente né in quella dell'opinione concorrente.

Ciò che emerge all'esterno, dunque, non è altro che la decisione collegiale e anonima. A stretto rigore, esiste un indizio rivelatore dell'esistenza di un'articolazione di singole opinioni: se, infatti, nella maggioranza dei casi si presume che la decisione del collegio sia la stessa proposta dal giudice relatore, nei casi nei quali figura un giudice estensore diverso dal relatore è dato intendere che la soluzione o la motivazione sostenuta dal relatore non sia stata condivisa dalla maggioranza dei giudici costituzionali e il Presidente abbia affidato il compito di scrivere la sentenza ad un giudice in sintonia con la decisione della maggioranza. Al di là di ciò – e non è certo molto – vige un regime di completa opacità³².

Il problema, nondimeno, è da tempo molto sentito all'interno della Corte e ricorrentemente si prospetta l'iniziativa del tutto innovativa – nel presupposto dell'autonomia della Corte stessa rispetto al requisito di una previsione normativa *ad hoc* - di procedere alla pubblicazione di opinioni individuali e di tenore diverso rispetto alla sentenza collegiale. Ma si tratta, sino ad oggi, soltanto di una tentazione³³.

In effetti, la disciplina ovvero la mera prassi relativa alla segretezza delle opinioni individuali risente della cultura giuridica dei Costituenti – con l'eccezione di Costantino Mortati -, ancora profondamente segnata dalle concezioni positiviste della legge e della funzione giurisdizionale e dall'inquadramento della Corte costituzionale nel contesto generale della giurisdizione, benché con posizione ben distinta rispetto alla giurisdizione di merito e di legittimità³⁴. La segretezza del voto individuale, alle origini della Repubblica, è probabilmente connessa alle divisioni politiche e partitiche che dall'Assemblea costituente si sono proiettate nelle prime legislature con una vistosa inversione delle posizioni (i democristiani da favorevoli a rallentatori dell'avvio della Corte, i

³¹ Così la [sent. n. 8 del 1978](#): “Se l'”intenzione del legislatore” - obiettivatasi nelle disposizioni legislative sopraggiunte - si dimostra fondamentalmente diversa e peculiare, nel senso che i relativi principi ispiratori sono mutati rispetto alla previa disciplina della materia, la nuova legislazione non è più ricollegabile alla precedente iniziativa referendaria: in quanto non si può presumere che i sottoscrittori, firmando la richiesta mirante all'abrogazione della normativa già in vigore, abbiano implicitamente inteso coinvolgere nel *referendum* quella stessa ulteriore disciplina. Se invece l'”intenzione del legislatore” rimane fondamentalmente identica, malgrado le innovazioni formali o di dettaglio che siano state apportate dalle Camere, la corrispondente richiesta non può essere bloccata, perché diversamente la sovranità del popolo (attivata da quella iniziativa) verrebbe ridotta ad una mera apparenza. In quest'ultima ipotesi, la nuova disciplina della materia realizza per intero i suoi normali effetti abrogativi, impedendo che il *referendum* assuma tuttora ad oggetto le disposizioni già abrogate. Ma la consultazione popolare deve svolgersi pur sempre, a pena di violare l'art. 75 Cost. E, di conseguenza, l'unica soluzione possibile consiste nel riconoscere che il *referendum* si trasferisce dalla legislazione precedente alla legislazione così sopravvenuta (oppure che la richiesta referendaria si estende alle successive modificazioni di legge, qualora si riscontri che esse s'inseriscono nella previa regolamentazione, senza sostituirla integralmente)”.

³² In argomento cfr. S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998.

³³ Benché il tema della pubblicizzazione del voto particolare dei giudici costituzionali non sembri essere una priorità dell'agenda pubblica, è interessante ricordare che la Commissione parlamentare per le riforme costituzionali (1997) aveva proposto una revisione del testo costituzionale la quale avrebbe previsto che “le decisioni della Corte costituzionale sono pubblicate con le eventuali opinioni in dissenso dei giudici” (art. 136).

³⁴ Del resto, anche in Germania il *Sondervotum* è stato introdotto in un secondo momento, nel 1970, in occasione di una revisione della legge sul *Bundesverfassungsgericht* (art. 30).

comunisti da contrari ad acceleratori) e, di riflesso, sulla posizione dei singoli giudici costituzionali che, in quell'epoca e a fronte dell'innovazione dell'organo e della funzione stessa, non gradivano - presumibilmente - che le opinioni personali potessero venir qualificate in ragione della rispettiva ascendenza ideologica e politica.

4. Conclusioni.

L'immagine della Corte costituzionale italiana sin qui delineata si presta, dunque, alla selezione di alcuni profili di particolare interesse in prospettiva comparata.

L'adozione di una visione di tipo diacronico ci ha consentito di rilevare una linea ideale di continuità della Corte italiana con le rare ma pregevoli e significative esperienze del primo dopoguerra, in un periodo nel quale si è dovuta affrontare la costruzione di nuovi ordinamenti democratici successivi alla scomparsa del plurinazionale impero asburgico (Austria, Cecoslovacchia) ovvero, poco più tardi, in coincidenza con l'insediamento di un nuovo sistema costituzionale così radicalmente innovativo nella Spagna repubblicana degli anni '30. Quanto al periodo successivo alla seconda guerra mondiale, si è potuto registrare come l'Assemblea costituente italiana, oltre alla recezione - del tutto innovativa nel proprio contesto interno - di un'esperienza che già era stata altrettanto innovativa nei rispettivi ordinamenti richiamati, abbia avuto un ruolo di anticipazione rispetto alla diffusione ed al consolidamento di una concezione della fonte costituzionale nel sistema delle fonti e nell'assetto istituzionale che sarebbe stata destinata a caratterizzare il paradigma costituzionale del continente europeo nella seconda parte del secolo.

Si è trattato di una transizione dalla forma di stato di diritto a quella di stato costituzionale di diritto, da un sistema imperniato sulla separazione dei poteri ad uno integrato e qualificato dal principio di *checks and balances*, da un assetto basato sulla supremazia della legge ad uno fondato sul primato della costituzione, dall'affermazione di un legislatore parlamentare - benché democraticamente eletto e responsabile - per tanti versi *legibus solutus* al riconoscimento della subordinazione della legge alla Costituzione attraverso il controllo giurisdizionale di costituzionalità. L'Italia, la Germania e via via tutti gli ordinamenti europei, sino al nuovo millennio, hanno affidato la garanzia della propria transizione costituzionale alla rispettiva Corte costituzionale.

La diffusione dell'organo pone in evidenza il profilarsi di un modello europeo dotato di evidenti somiglianze, affinità, caratteri comuni più o meno ricorrenti oltre che di distinzioni e differenziazioni dal punto di vista sia strutturale che funzionale³⁵. In quest'ultimo ambito, la Corte costituzionale italiana presenta una fisionomia propria, in parte legata alla cultura giuridica prevalente ed al contesto dell'innovazione nella fase delle sue origini - ma già negli anni immediatamente seguenti la Germania è stata in grado di dotarsi di un assetto di giustizia costituzionale più maturo -, in parte connessa con le vicende politiche contingenti che hanno determinato un considerevole ritardo (di otto anni) nell'avvio operativo della Corte ancora circondato da timori e perplessità, in parte connessa a cause sistemiche, quale l'esigenza di controllo delle richieste di *referendum* abrogativo.

La Corte italiana presenta pertanto alcune lacune rispetto al modello europeo: manca lo strumento del ricorso individuale diretto, la legge e gli atti aventi valore di legge sono l'unico oggetto del controllo di costituzionalità, vige un sistema di non trasparenza quanto alla pubblicazione delle opinioni individuali dei giudici costituzionali³⁶. Nondimeno, al di là di tali profili tendenzialmente

³⁵ Cfr. in argomento S. Bagni (a cura di), *Giustizia costituzionale comparata. Proposte classificatorie a confronto*, Bologna, BUP (Bononia University Press), 2013; L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata, dai modelli ai sistemi*, Torino, Giappichelli, 2015.

³⁶ Ricordiamo tuttavia che anche in questo contesto la Commissione parlamentare per le riforme costituzionali del 1997 aveva approvato una proposta di revisione la quale prevedeva che "la Corte costituzionale giudica: [...] b) sulle controversie relative alla legittimità costituzionale dei regolamenti, nei casi stabiliti dalla Costituzione; g) sui ricorsi per la tutela, nei confronti dei pubblici poteri, dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, secondo condizioni, forme e termini di proponibilità stabiliti con legge costituzionale".

riduttivi, occorre anche osservare che, in analogia con la prevalente esperienza degli ordinamenti europei, la presenza della Corte costituzionale italiana non è mai stata e di certo ancora non è né marginale né insignificante nel contesto istituzionale.

In realtà, della Corte italiana si può dire ciò che occorre dire per ogni organo giurisdizionale di tale natura, ossia che la vera priorità della Corte è la Corte stessa: a maggior ragione in quanto di recente configurazione (ad esempio, è inevitabile che si pongano anche problemi di convivenza con il preesistente organo giudiziario di ultima istanza, quale la Corte di cassazione) e di portata innovativa, la Corte ha dovuto sin dalle origini e ancora deve costantemente trovare una collocazione in grado di stabilire un nuovo equilibrio e tale nuovo equilibrio deve essere percepito in quanto tale e deve rassicurare tutte le istituzioni del contesto³⁷. E questo è avvenuto nell'esperienza dell'ordinamento italiano.

La Corte, in una prima fase, ha svolto un prezioso lavoro di ripulitura dell'ordinamento giuridico rispetto alle più vistose formalizzazioni giuridiche dell'ideologia bigotta e nazionalista del periodo fascista – si pensi solo al codice penale e alla legislazione sull'ordine pubblico ma anche alla sfera della morale e delle diseguaglianze della donna -, soprattutto a fronte di una incredibile inerzia parlamentare, anche se a volte c'è stato bisogno di più di una sentenza di rigetto dell'eccezione di legittimità prima di arrivare ad una di accoglimento (ad esempio, in tema di invalidazione dell'adulterio come reato solo femminile, di ammissione del giuramento non religioso nel processo civile e penale, di eliminazione della maggior pena per il vilipendio di quella che, vigente lo Statuto Albertino, era stata la religione ufficiale di Stato rispetto a quanto previsto per altre confessioni religiose, etc.). Anche l'ammissione delle donne all'accesso in magistratura è il risultato di una sentenza della Corte costituzionale. E si potrebbe continuare ad elencare le scelte di civiltà giuridica liberale e democratica riconducibili all'intervento – benché a volte tardivo – della Corte. Nondimeno, una volta lavorato – molto e bene – sulla legislazione passata, la Corte ha dovuto affrontare la componente più impegnativa, ossia esercitare il proprio compito di scrutinio sulla legislazione più recente, a volte quasi fosse una terza camera parlamentare a fronte di un dibattito politico ancora in corso.

La fondamentale opzione della Corte in favore di una linea caratterizzata dalla preminenza dell'equilibrio di sistema si è avvalsa, fra l'altro, di una ampia tipologia di sentenze che, superando la secca distinzione fra sentenza di rigetto o di accoglimento, ha introdotto nella giurisprudenza costituzionale una dinamica molto più ricca, articolata, sottile, aperta al dialogo con il legislatore, con il giudice comune, con la comunità dei giuristi in generale: in questo contesto ci limitiamo a ricordare le sentenze interpretative di rigetto e di accoglimento, le sentenze additive (di principio, di prestazione), le sentenze monito, le sentenze manipolative in generale.

Un recentissimo interessante esempio dell'impegno della Corte a garantire l'equilibrio del sistema è rappresentato dall'[ord. n. 107 del 2018](#): l'oggetto del giudizio è il reato che può essere descritto, in sintesi, come di aiuto al ovvero di istigazione al ovvero di agevolazione dell'esecuzione del suicidio (art. 580 c.p.).

La Corte ha motivato con massina chiarezza la ragione per la quale, nella circostanza, non ha ritenuto di poter seguire l'orientamento del passato e rimettere (pilatescamente) la questione al legislatore, del quale pure ha riconosciuto il titolo prioritario per individuare una soluzione al drammatico problema³⁸, ha fornito un ragionamento nel quale si pone in evidenza come in argomento

³⁷ In argomento rinviamo a R. TONIATTI, *La giurisdizione costituzionale nel quadro degli equilibri istituzionali: il rilievo dei profili strutturali*", cit.; e R. TONIATTI, *Le forme e la cultura costituzionale dell'equilibrio istituzionale* in R. Toniatti, M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, 2011, 573 ss.

³⁸ Questa la constatazione della Corte: "In situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: [sentenza n. 23 del 2013](#) e successiva [sentenza n. 45 del 2015](#)). Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile

si debba operare un bilanciamento di valori costituzionali³⁹; e ha disposto il rinvio del giudizio in corso ad una successiva udienza (già fissata per il 24 settembre 2019) al fine di dare un anno di tempo al legislatore parlamentare per intervenire in proposito⁴⁰.

L'ordinanza in parola è ben rappresentativa, dunque, dell'atteggiamento della Corte italiana che si può ritenere permanente e prioritario per la Corte stessa, sia per la creatività della strategia adottata – in nome del proprio potere di gestione del processo costituzionale –, sia per la scelta di dimostrare, almeno in apparenza, la propria *judicial deference* nei confronti dell'organo parlamentare, sia per la vocazione ad assicurare una tutela dei diritti individuali che possa essere anche compatibile con gli equilibri istituzionali.

– la normativa non conforme a Costituzione. La 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. Un simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti”.

³⁹ Osserva infatti la Corte: “Da quanto sinora osservato deriva, dunque, che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione. Occorre, tuttavia, considerare specificamente situazioni come quella oggetto del giudizio a quo: 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. Il riferimento è, più in particolare, 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. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali 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.”.

⁴⁰ Questa la deliberazione interlocutoria della Corte: “Onde evitare che la norma possa trovare, in parte qua, applicazione medio tempore, lasciando però, pur sempre, al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità – *ferma restando l'esigenza di assicurare la tutela del malato nei limiti indicati dalla presente pronuncia* – la Corte ritiene, dunque, di dover provvedere in diverso modo, facendo leva sui propri *poteri di gestione del processo costituzionale*: ossia di disporre il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019, in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela. Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio a quo. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte qua” (*i corsivi sono aggiunti*).

Antonio Ruggeri

**La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore
(Nota minima a [Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021](#))***

ABSTRACT: *The paper quickly comments on sentences no. 32 and 33 of 2021 of the Constitutional Court, where some recent decision-making schemes are re-proposed, where the Court intervenes in case of inaction by the legislator, but where precedence must always be given to the "priority evaluation of the legislator"*

Su un solo punto mi soffermo in questa nota minima alle ultime pronunzie della Consulta in tema di procreazione medicalmente assistita, evocato nel titolo dato alla mia riflessione.

La Corte lo dice chiaramente, senza mezzi termini o infingimenti, confermando peraltro un *trend* risalente ma che, nel tempo a noi più vicino, ha ricevuto una sensibile accelerazione, veicolato talvolta (come in [Cappato](#)) da tecniche decisorie inusuali e – se posso esser franco – per vero alquanto ardite, suscettibili di dar vita ad effetti imprevedibili, con riflessi di grande momento, che possono aprirsi a ventaglio incidendo sensibilmente sugli equilibri istituzionali, tanto lungo il versante dei rapporti che la Corte intrattiene con i giudici comuni quanto in quelli con il legislatore.

Andando subito al sodo, la Consulta non tace qui di considerarsi *domina* del limite costituito dal rispetto della discrezionalità del legislatore e, perciò, di poterne in buona sostanza fare l'uso che vuole, a fisarmonica: ora arretrando ed ora invece spingendosi in avanti fino ad occupare del tutto il campo in un tempo ormai lontano ritenuto essere in modo esclusivo riservato al legislatore.

Assai istruttivo al riguardo un inciso che si legge nella prima delle decisioni in parola, laddove il giudice delle leggi dichiara ([p. 2.4.1.4 del cons. in dir.](#)) di “non potere *ora* porre rimedio” alle rilevate lacune della disciplina legislativa, dichiarandosi pertanto al momento indisponibile a far luogo alla caducazione (di sicuro, di tipo manipolativo) della normativa portata alla sua cognizione, della quale peraltro – riprendendo, per questo verso, lo schema già collaudato in [Cappato](#) (ed in altre occasioni) – mette in chiaro, uno dopo l'altro e con studiata attenzione, i punti di frizione col dettato costituzionale, giovandosi al riguardo dell'appoggio fornito dalla giurisprudenza europea, cui fa puntuali e significativi richiami (una bella testimonianza, questa, di sensibile attenzione nei riguardi degli indirizzi maturati presso le Corti non nazionali).

Similmente, nella seconda decisione si precisa che tocca al legislatore intervenire “in prima battuta” e che pertanto “questa Corte non può, *allo stato*, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore” ([p. 5.9 del cons. in dir.](#)).

Allo stesso tempo (e, per questo verso, più ancora della seconda la prima pronunzia presenta evidenti assonanze con la prima decisione su [Cappato](#)), la Corte non si trattiene dal tracciare, “in via esemplificativa”, le piste – se così vogliamo chiamarle – battibili dalla nuova disciplina legislativa, prefigurando talune soluzioni (anche particolarmente innovative), evidentemente giudicate come quelle di maggior pregio ([sent. n. 32](#)). Si insiste, poi, sul bisogno che la stessa venga alla luce con urgenza (“al più presto”: ancora [sent. n. 32](#), stesso punto del *cons. in dir.*), in considerazione della gravità del *vulnus* recato alla Carta dalle carenze del diritto ad oggi vigente e degli “incomprimibili diritti dei minori” che attendono di essere appagati dalla nuova regolazione.

Ciò su cui preme particolarmente fermare l'attenzione è l'ammissione, qui esplicitamente fatta, dell'ampiezza del ventaglio delle soluzioni normative astrattamente immaginabili, ad ulteriore riprova dunque del carattere discrezionale (anzi, accentuatamente discrezionale) delle opzioni politiche disponibili per il legislatore (di “significativo margine di manovra” di cui dispone il legislatore si discorre nella [sent. n. 33](#), p. sopra cit. del *cons. in dir.*); ed a riprova, altresì, del fatto che, allorché deciderà di non poter concedere altro tempo allo stesso perché si decida finalmente a scendere in campo, parimenti discrezionale sarà la scelta compiuta dal giudice in “supplenza” del legislatore.

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del Regolamento della Rivista.

Insomma, la Corte fa capire che i ruoli sono perfettamente fungibili; solo che al legislatore va comunque accordata la precedenza: eloquente, al riguardo, il riferimento alla “prioritaria valutazione del legislatore” accompagnata dal fermo monito a rompere gli indugi, dal momento che “non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell’inerzia legislativa” ([sent. n. 32](#)). Non dissimile, ancora una volta, il richiamo, presente nel passo sopra fedelmente trascritto della [sent. n. 33](#), al dover cedere il passo alla discrezionalità del legislatore, ritagliando per sé la Corte un gioco di rimessa, per il caso che dovesse perdurare la colpevole latitanza del legislatore stesso.

La morale che, al tirar delle somme, le pronunzie cui si dirige questo commento “a prima lettura” ci consegnano è la ulteriore, particolarmente attendibile, testimonianza da esse offerta della piena fungibilità dei tipi di decisione, di cui peraltro già in altre occasioni si è avuto riscontro.

La Corte, infatti, si riserva il potere di stabilire quale tecnica decisoria mettere nei singoli casi in campo: se quella ablativa, corredata da questa o quella specie di manipolazione, ovvero l’altra di rigetto, in nome di una discrezionalità del legislatore ad ogni buon conto pur sempre superabile a piacimento ed in un tempo più o meno lungo. Un tempo che potrà essere prefissato dalla stessa Corte (un anno in *Cappato* o nella vicenda di cui a [Corte cost. n. 132 del 2020](#), senza che peraltro si sia mai capito perché quello e non altro) oppure, come qui, lasciato al caso, alla sensibilità dei giudici comuni che riproporranno le medesime questioni oggi portate alla cognizione della Consulta.

Certo però che devono far riflettere il rilevato carattere *sub condicione* del limite della discrezionalità del legislatore, la confermata, piena confusione e fungibilità dei ruoli istituzionali del massimo decisore politico e del massimo garante della legalità costituzionale, ovverosia la strutturale cedevolezza del principio della separazione dei poteri, passibile di essere messo da canto a discrezione del giudice delle leggi e secondo occasione. Ed è appena il caso di rammentare, in chiusura, che venendo del tutto meno il principio in parola, viene al contempo a smarrirsi l’idea stessa di Costituzione e di Stato costituzionale, quale mirabilmente scolpita nell’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Sarebbe bene non scordarselo.

Noemi Miniscalco

**Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge
(note a margine di [Corte costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021](#))***

ABSTRACT: *The [Ordinance n. 4 of 2021](#), where for the first time the Constitutional Court suspended the effectiveness of a regional law in a judgment of legitimacy promoted by the State, is an opportunity to investigate how the “Judge of the Laws” exerted his precautionary power, overcoming that attitude of self-restraint, which had characterized his method of exercise for a long time.*

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge. – 2. Oggi non verrà, ma verrà domani: il potere cautelare nei giudizi di legittimità costituzionale in via d’azione. – 3. Il *periculum in mora*. – 4. Il *fumus boni iuris*. – 5. Brevi riflessioni, in chiave conclusiva.

1. *La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge.*

Con [ordinanza n. 4](#), depositata il 14 gennaio 2021, la Corte costituzionale, su istanza del Presidente del Consiglio dei ministri, ha sospeso, in un giudizio di legittimità in via principale, l’efficacia della legge della Regione autonoma Valle D’Aosta n. 11 del 9 dicembre 2020, recante misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche in relazione allo stato d’emergenza¹, esercitando, per la prima volta, in questa sede, nella storia della giustizia costituzionale italiana, il potere cautelare pur (testualmente) riconosciute da oramai circa vent’anni².

Muovendo dall’ordinanza *de qua*, nelle presenti note, premessi taluni accenni al (a lungo dibattuto) potere di sospensione delle leggi nell’ambito del giudizio di legittimità in via d’azione, indagheremo come la Consulta abbia verificato (e motivato) la sussistenza del *fumus boni iuris* e dei *pericula in mora* nel caso specifico, per concludere con alcune brevi riflessioni sui possibili effetti derivanti dalla scelta stessa, operata dalla Corte, di esercizio del potere cautelare.

2. *Oggi non verrà ma verrà domani: il potere cautelare nei giudizi di legittimità costituzionale in via d’azione.*

Un tempo limitato ai conflitti tra Stato e Regioni, il potere cautelare, com’è noto, è stato poi esteso al giudizio di legittimità costituzionale in via d’azione, ed è oggi disciplinato dagli artt. 35 e 40 della l. n. 87 del 1953 e dall’art. 21 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

Tuttavia, nonostante il suo testuale riconoscimento, il potere *de quo* ha continuato a sollevare perplessità, in relazione a diversi profili: anzitutto, poiché la sua disciplina si è innestata nel solco di una legge ordinaria laddove, invece, secondo una parte della dottrina, essa avrebbe dovuto essere recata da una previsione di rango costituzionale³; in secondo luogo, per i suoi presupposti di

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ Il ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri è stato notificato il 21 dicembre 2020, depositato in cancelleria lo stesso giorno e pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 53, prima serie spec. dell’anno 2020. La camera di consiglio con l’audizione delle parti è stata, infine, fissata per il 13 gennaio 2021.

² Il potere di sospensiva delle leggi nel giudizio di legittimità in via d’azione è stato, invero, introdotto dalla l. n. 131 del 2003, il cui art. 9, comma 4, ha modificato il testo dell’art. 35 della l. n. 87 del 1953.

³ Secondo taluni, l’attribuzione del potere cautelare avrebbe dovuto considerarsi coperta dalla riserva di legge di cui all’art. 137, c. 1, della Costituzione (in tal senso, A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in A. Maranini (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze, 1966, 201 ss.); secondo altri, invece, esso sarebbe coperto da riserva di legge ordinaria ex art. 137, c. 2, della Costituzione (cfr. F.

esercizio nel giudizio di legittimità, che, se posti in relazione alle “gravi ragioni” alla base del provvedimento cautelare nell’ambito dei conflitti intersoggettivi, risulterebbero maggiormente stringenti, eppure più vaghi⁴; poi in relazione alla (possibile) qualificazione del giudizio *de quo* quale “giudizio di parti”, stante la previsione espressa della sospensione quale potere d’ufficio della Corte⁵; ed ancora, per i dubbi sulla stessa possibilità di sospensione di un atto legislativo allorché il giudizio abbia ad oggetto le disposizioni statutarie delle Regioni sia ordinarie che speciali⁶.

Perplexità che sembravano essere state suffragate dallo stesso atteggiamento della Corte, la quale, nei giudizi di legittimità in via d’azione, è sempre stata particolarmente restia nell’esercitare il potere cautelare riconosciutele⁷: non solo, infatti, la Consulta non ha mai provveduto d’ufficio a farvi ricorso, ma in (quasi) tutte le – pur molteplici – occasioni in cui le parti hanno sollevato istanza di sospensione della legge impugnata, essa o è stata assorbita nella decisione resa in via

DRAGO, *I ricorsi in via principale nel quadro del novellato Titolo V*, in Federalismi.it, 21 s.). Per una diversa lettura, che pur però evidenzia la necessità che il potere cautelare sia previsto da una fonte di rango costituzionale, P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale. Commento all’art. 9*, in G. Falcon (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Il Mulino, Bologna, 2003, 193-195 ed A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Giappichelli, Torino, 2002, 207, secondo cui una legge ordinaria non può stabilire un’ulteriore causa di cessazione dell’efficacia (sebbene temporanea) – che vada ad aggiungersi a quelle espressamente previste dagli artt. 75 e 136 della Costituzione – degli atti normativi dello stesso rango. In senso contrario, invece, A. CERRI, *Il potere cautelare nei giudizi principali alle sue prime prove*, in *Giur. cost.*, 3/2006, 2444 s., ritiene che il potere di sospensiva sia insito nel più ampio potere del Giudice sul controllo di legittimità delle leggi. In senso affine a quest’ultima tesi, G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 712 individua il presupposto del potere cautelare nel principio di effettività della garanzia costituzionale.

⁴ P. CARETTI, *Il contenzioso costituzionale. Commento all’art. 9*, in G. Falcon (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, cit., 194. Al netto, peraltro, delle considerazioni di chi negava la stessa opportunità di un simile potere nell’ambito del sistema di giustizia costituzionale (in tal senso, G. M. SALERNO, *Nell’impossibilità di valutare l’eventuale danno inutile bloccare la validità del provvedimento*, in *Guida al diritto*, 14/2010, 87).

⁵ Prima della deliberazione del 7 ottobre 2008 con la quale il Giudice delle leggi ha approvato il nuovo testo delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, in dottrina, si erano espressi in senso critico rispetto alla qualificazione ai sensi dell’art. 35 della l. n. 87 del 1953 del potere cautelare come potere d’ufficio, tra gli altri, G. FALCON, *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, in Id. (a cura di), *Stato, regioni*, cit., 17; E. GIANFRANCESCO, *L’incidenza della riforma del Titolo V sul giudizio costituzionale*, in E. Bettinelli – F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale* (Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003), Giappichelli, Torino, 2004, 39-73, spec. 60; ed E. LAMARQUE, *Commento all’art. 9*, in E. Lamarque – P. Cavaleri (a cura di), *L’attuazione del nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione. Commento alla legge “La Loggia” (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Giappichelli, Torino, 2004, 251 s., che evidenzia anche come tale potere autorizza la Corte pure a disporre *ultra petita* «sia in quanto la sospensione potrebbe non essere sollecitata dal ricorrente, sia in quanto nel ricorso introduttivo potrebbe non esserci neanche alcun cenno al fatto che la legge impugnata arrechi pregiudizio all’interesse pubblico, all’ordinamento giuridico della Repubblica o ai diritti dei cittadini» (spec. 252). La modifica delle norme integrative e il richiamo, presente nel testo di cui all’art. 21 di esse, all’ «istanza di sospensione» ha indotto a ritenere che l’istituto della sospensiva sia stato ricondotto nell’alveo del giudizio di parti. In tal senso e prospettando una (condivisibile) soluzione nell’ambito di tale dibattito, A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2009, 117, afferma che «l’iniziativa di parte nel chiedere la sospensione si configurerebbe [...] come corollario del diritto di azione previsto dall’art. 24 della Carta, ma il mancato esercizio non impedirebbe alla Corte, qualora non si possano attendere i tempi ordinari per la trattazione del ricorso, di servirsi del potere cautelare a protezione di interessi vitali per la tenuta dell’ordinamento». Nello stesso senso, anche A. RAUTI, *Le nuove “norme integrative” della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2009, 16.

⁶ Per un approfondimento sul punto, v. P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell’ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 2008, 70 ss.

⁷ Tanto che la dottrina non ha mancato di rilevare come «l’istituto abbia assunto una conformazione ancipite» ed il suo esercizio «sia andato incontro a una progressiva desuetudine applicativa»; in tal senso C. CARUSO, *La garanzia dell’unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 159.

principale (non sempre, peraltro, con pronuncia esplicita sulla richiesta cautelare)⁸ o il ricorrente stesso ha rinunciato alla sua immediata decisione, con conseguente rinvio all'udienza stabilita per l'esame del merito del ricorso⁹.

Una sola volta, per vero, prima della recente ordinanza, il Giudice delle leggi si è espresso nel merito della richiesta cautelare, seppure con esito negativo, rilevando l'assenza di uno dei presupposti del provvedimento richiesto: il *periculum in mora*¹⁰. Specificamente, in quell'occasione, la Corte chiarì come, anche nel giudizio di costituzionalità in via principale, il provvedimento cautelare deve essere giustificato dalla sussistenza sia del *fumus boni iuris* che del *periculum in mora* (seppure dalla lettera dell'art. 35 della l. n. 87 del 1953 venga testualmente individuato solo quest'ultimo); tant'è che «il difetto di uno soltanto di essi comporta il rigetto dell'istanza»¹¹.

E proprio in relazione a tali condizioni legittimanti, nell'[ordinanza n. 245 del 2006](#), il Giudice delle leggi affermò che la prospettazione «in maniera assertiva» della loro sussistenza, impedisce «di svolgere argomenti [...] ed eventualmente adottare, d'ufficio, i provvedimenti»¹² richiesti. Sicché, se è vero che il potere cautelare attribuito alla Corte è a carattere officioso, è altresì vero che, allorquando esso venga attivato (*recte*, promosso) ad iniziativa di parte (la quale è senza dubbio ammissibile, ancor più dopo l'introduzione dell'art. 21 nell'ambito delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale¹³) non è sufficiente la sola enunciazione (nell'istanza) delle formule di cui all'art. 35 poc'anzi richiamato, ma, all'opposto, è necessaria l'esplicita individuazione e indicazione dei motivi a sostegno della richiesta.

Infine, solo con l'[ordinanza n. 4 del 2021](#) – dopo tanti “oggi non verrà, ma verrà domani”, al pari del sequel di Miodrag Bulatović, della celebre opera teatrale di Beckett – il Giudice delle leggi ha esercitato il potere cautelare in un giudizio di legittimità in via d'azione, ritenendo che la questione sollevata integrasse sia il requisito del *periculum in mora* che quello del *fumus boni iuris*. Vediamo pertanto partitamente come la Consulta ha verificato (e motivato) la sussistenza delle due condizioni legittimanti l'adozione del provvedimento.

3. *Il periculum in mora.*

Il primo presupposto richiesto per l'esercizio della tutela cautelare è ravvisabile, come abbiamo già visto, nel *periculum in mora*, da intendersi come il pericolo che possano verificarsi danni irreparabili nel tempo necessario alla pronuncia di merito, al fine di garantirne (l'utilità de)gli effetti¹⁴. Nel giudizio costituzionale, esso si sostanzia, ai sensi dell'art. 35 della l. n. 87 del 1953, nel

⁸ Cfr. ad esempio Corte cost. sentt. nn. [198 del 2004](#); [62 del 2005](#); [367 del 2007](#); [277 del 2008](#); [200](#), [246](#), [225](#), [232](#), [235](#), [249](#), [250](#), [251](#), [254](#) del 2009; [16](#), [68](#) e [326](#) del 2010; e, più di recente, [5 del 2018](#). In caso di assorbimento, la Corte ha talvolta dichiarato “il non luogo a procedere” (*ex plurimis*, sent. n. [235](#) e [250 del 2009](#)), in altri casi, invece, il “non luogo a provvedere” (ad esempio, ord. n. [245 del 2006](#)). Invece, tra le pronunce nelle quali la Corte non ha preso in considerazione la richiesta cautelare, si veda la sent. n. [401 del 2007](#).

⁹ Cfr., *ex multis*, ordd. nn. [116](#), [117](#), [118](#) e [119](#) del 2004. In dottrina, P. VIPIANA, *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensiva delle leggi nei giudizi di costituzionalità in via principale*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2010, 567-587.

¹⁰ [Ord. 18 marzo 2010, n. 107](#), relativa all'istanza di sospensione contenuta nel ricorso della Regione Lazio nel giudizio di costituzionalità avente ad oggetto il d.l. n. 29 del 2010 (c.d. decreto salvaliste”); con note di P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, in *Le Regioni*, 2010, 1339 ss. e A. VUOLO, *Il crollo di un altro antico feticcio*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2010.

¹¹ Testualmente, [ord. n. 107 del 2010](#).

¹² Corte cost. [ord. n. 245 del 2006](#), annotata da A. CERRI, *Il potere cautelare*, cit., 2444 ss.

¹³ Sul punto, sia consentito rinviare alla nota 5.

¹⁴ Già P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936, 15 e 18 chiarì che «il *periculum in mora*, che sta a base delle misure cautelari, non è il generico pericolo di danno giuridico, al quale si può, in certi casi, ovviare con la tutela ordinaria, ma è specificamente il pericolo di

rischio: a) di un pregiudizio irreparabile all'interesse pubblico; oppure b) di un pregiudizio irreparabile all'ordinamento giuridico della Repubblica; o ancora c) di un pregiudizio grave e irreparabile ai diritti dei cittadini.

Ora, nel valutare la sussistenza di tale requisito il giudice dovrebbe riscontrare un pericolo di danno, ossia la concreta probabilità che l'interesse normativamente protetto possa, in ultima istanza, restare insoddisfatto nelle more del processo; verifica che, ovviamente, non può che muovere dalle peculiarità del singolo caso concreto.

Nell'ordinanza qui in commento, la Corte, nel settimo capoverso del *Considerato*, riscontra il rischio non solo “di un grave e irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico” ma anche “per i diritti dei cittadini”, poiché «la legge regionale impugnata, sovrapponendosi alla normativa statale, dettata nell'esercizio della [...] competenza esclusiva, espone di per sé stessa al concreto e attuale rischio che il contagio possa accelerare di intensità, per il fatto di consentire misure che possono caratterizzarsi per minor rigore; il che prescinde dal contenuto delle ordinanze in concreto adottate».

Ed a sostegno di tale assunto, militerebbe la considerazione per cui «le modalità di diffusione del virus Covid-19 rendono qualunque aggravamento del rischio, anche su base locale, idoneo a compromettere, in modo irreparabile, la salute delle persone e l'interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia, peraltro non preclusiva di diversificazioni regionali nel quadro di una leale collaborazione».

Nell'argomentazione della Corte il *periculum in mora* è, pertanto, rinvenibile nel fatto stesso dell'efficacia della legge, la quale, introducendo misure meno restrittive di quelle previste dalla normativa statale può determinare un aumento della diffusione del *virus* e, per conseguenza, arrecare, già nelle more del giudizio, un pregiudizio per le situazioni giuridiche delle quali si chiede tutela¹⁵. Una formulazione, quindi, che “taglia corto” ed esclude – o quanto meno non esplicita – il ricorso ad un criterio comparativo di giudizio – che la Corte, invece, pur aveva ritenuto di adoperare nell'[ordinanza n. 107 del 2010](#)¹⁶ – in ragione delle peculiari caratteristiche dell'emergenza attuale e del deflagrare dei contagi che finiscono per incamerare, almeno in fase cautelare, ogni valutazione sulla proporzionalità delle diverse misure introdotte dall'atto impugnato¹⁷.

quell'ulteriore danno *marginale*, che potrebbe derivare dal ritardo, reso inevitabile dalla lentezza del procedimento ordinario, del provvedimento definitivo». In senso contrario, invece, C. CALVOSA, *La tutela cautelare (Profilo sistematico)*, Unione tipografica, Torino, 1963, il quale afferma che «il *periculum in mora* non può certo concretarsi nel pericolo di quell'ulteriore *danno marginale* derivante dal ritardo nell'emanazione del provvedimento definitivo di merito, ma si sostanzia invece nel pericolo, [...] imminente ed evidente, cioè assolutamente probabile, che la tutela normativa possa non trovare attuazione e aversi trasgressione» (spec. 240).

¹⁵ Come disposto dall'art. 1, comma 1 del d.l. n. 33 del 2020, recante “ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID.19”, convertito in l. n. 74 del 2020 e successive modifiche intercorse, le Regioni «informando contestualmente il Ministro della salute» possono «introdurre misure derogatorie restrittive» rispetto a quanto previsto dai d.P.C.m. oppure anche ampliative ma «nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti» dai decreti stessi «e d'intesa con il Ministro della salute».

¹⁶ Criterio comparativo al lume del quale l'istanza andrebbe accolta solo se la sospensione dell'atto impugnato non determini gravi o maggiori danni rispetto a quelli che deriverebbero dalla permanenza dell'efficacia dell'atto stesso; in tal senso P. VIPIANA, *La prima pronuncia*, cit., 1347. La stessa A., peraltro, in ottica più generale, già in EAD., *Il potere di sospensiva*, cit., 42 rilevava come la «Corte dovrebbe utilizzare il criterio, seguito dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco, della valutazione comparativa degli effetti, disponendo la sospensione della legge qualora i danni connessi alla continuazione dell'efficacia della legge superino nettamente i danni derivanti dalla temporanea sospensione di essa» anche al fine di «ridurre i rischi della propria politicizzazione e della lesione alla certezza del diritto».

¹⁷ La legge regionale impugnata invero prevede: a) che alcune attività possono essere svolte nel rispetto dei protocolli di sicurezza; b) che altre, invece, sono permesse salvo che il Presidente della Giunta regionale voglia sospenderle; c) che talaltre, infine, possono essere autorizzate dal Presidente della Giunta. In aggiunta, la legge attribuisce alla Giunta regionale il potere di modificare i protocolli di sicurezza vigenti in tutto il territorio nazionale.

Ebbene, come noto, la sussistenza del *periculum in mora* è riscontrabile allorché venga a realizzarsi anche una sola delle tre condizioni enunciate dall'art. 35 della l. n. 87 del 1953¹⁸ e sul punto, come meglio diremo tra un attimo, a noi pare che, in effetti, una di esse possa dirsi certamente integrata; sicché, la valutazione della Corte in relazione al primo dei presupposti di esercizio del potere cautelare non rappresenta, a nostro modo di vedere, il nodo critico della pronuncia.

Tuttavia, a voler essere precisi, se non v'è dubbio che per le modalità di diffusione del Covid-19 «qualunque aggravamento del rischio» di contagio può «compromettere in modo irreparabile la salute delle persone» e pertanto poteva dirsi sussistente un grave e irreparabile rischio di danno per i diritti (*recte*, la salute) dei cittadini¹⁹, meno probante risulta il richiamo «all'interesse pubblico ad una gestione unitaria a livello nazionale della pandemia».

Se è vero, infatti, che l'interesse pubblico²⁰ è una formula che deve essere riempita di senso in relazione agli interessi che in concreto la legge impugnata impedisce di realizzare, così come alla violazione dei parametri costituzionali evocati, è altresì vero però che la Corte stessa ha ritenuto di precisare che non possono dirsi escluse «diversificazioni regionali», e, quindi, *a contrario* (come è ovvio) riconosce che le misure previste da una legge regionale potrebbero, “di per sé stesse”, non recare un aggravamento del rischio, lasciando fisiologicamente aperte valutazioni sul punto.

E questo a prescindere dalla questione se in tal caso sarebbe stato maggiormente opportuno far riferimento al pregiudizio (non tanto all'interesse pubblico, ma) all'ordinamento giuridico della Repubblica²¹, in ragione della posizione peculiare dello Stato al quale spetta il compito di garantire l'unitarietà dell'ordinamento²², considerato che, come già autorevolmente rilevato, i parametri di cui all'art. 35 summenzionato sono stati enunciati «con qualche affanno linguistico e, forse, pure obiettiva ridondanza»²³. Ad ogni modo, al netto di tali puntualizzazioni, a noi pare, in conclusione, che la Corte abbia attentamente verificato (seppure succintamente motivato, ma nel rispetto di quanto disposto, per le ordinanze, dall'art.18, comma 4, della l. n. 87 del 1953) la sussistenza del primo presupposto di esercizio del potere cautelare, fondando le sue argomentazioni anche sulle inedite caratteristiche dell'emergenza sanitaria in atto.

¹⁸ A differenza, pertanto, di quanto richiesto nell'ambito dei giudizi sui conflitti intersoggettivi – ma lo stesso è a dirsi in relazione al contenzioso amministrativo (art. 21 l. n. 1034 del 1971, come modificato dalla l. n. 205 del 2000, e art. 39 r. d. n. 1054 del 1924) – ove il Giudice può limitarsi allo scrutinio delle gravi ragioni addotte dal ricorrente. Con riferimento al giudizio di legittimità in via principale, A. VUOLO, *La tutela cautelare*, cit., 164, evidenzia come «anche la mera eventualità – e non la sola certezza – del pregiudizio che può arrecare l'atto impugnato giustifica la sospensione di quest'ultimo».

¹⁹ Basti considerare che, ad oggi (8 marzo 2021), sono 116.363.935 i casi confermati nel mondo dall'inizio della pandemia e 2.587.225 le persone decedute. In Italia, invece, sono 2.925.265 i casi confermati e 97.699 le persone decedute, sempre dall'inizio della pandemia. I dati relativi all'andamento della mortalità giornaliera in relazione all'epidemia di Covid-19 sono reperibili sul sito [web www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it).

²⁰ Giova ricordare che l'interesse pubblico era stato inteso, subito dopo la riforma, da parte della dottrina, quale rievocazione dell'interesse nazionale del vecchio Titolo V (in argomento si vedano, almeno, F. DRAGO, *I ricorsi in via principale*, cit., 24 s.; E. LAMARQUE, *Commento all'art. 9*, cit., 251). Solo in un secondo momento esso è stato, più correttamente, posto in relazione a tutti gli interessi dell'ordinamento pluralista (cfr. A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, I, 85 s.) quale espressione del principio unitario che esclude le divisioni ma ammette e favorisce le differenziazioni. Sul principio unitario, si vedano le riflessioni almeno di G. BERTI, Art. 5, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna – Roma, 1975, 277 ss.; ed U. ALLEGRETTI, *Autonomia regionale e unità nazionale*, in *Le Regioni*, 1995, 9 ss.

²¹ In senso contrario, A. CONZUTTI, *Un “vaccino processuale” per combattere il COVID-19? La prima “storica” pronuncia di sospensiva*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2021, 262, il quale afferma che sarebbe invece «stato opportuno menzionare anche la seconda delle condizioni considerate dall'art. 35, se non altro dal momento che è proprio lo stesso Giudice costituzionale ad evocare [...] la “tutela dell'unità”».

²² Cfr. [Corte costituzionale sent. n. 274 del 2003](#).

²³ Richiamando le parole di A. RUGGERI, *Note introduttive ad una lettura della legge La Loggia*, in B. Caravita (a cura di), *I processi di attuazione del federalismo in Italia*, Milano, 2004, 50.

4. *Il fumus boni iuris*

Il secondo presupposto per l'esercizio del potere cautelare, come già si è anticipato, è rinvenibile, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, nel *fumus* di fondatezza del ricorso²⁴, essendo il Giudice chiamato ad un accertamento, allo stato degli atti, dei profili dai quali, pur se ad un sommario esame, può inferirsi una ragionevole previsione sull'esito del giudizio²⁵.

Sul punto, la Corte afferma «la sussistenza del *fumus boni iuris*», in quanto «la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.». Invero, la legge regionale impugnata – come chiarisce l'ordinanza – ha «selezionato attività sociali ed economiche il cui svolgimento è consentito, nel rispetto dei protocolli di sicurezza, anche in deroga a quanto contrariamente stabilito dalla normativa statale, recante misure di contrasto alla pandemia da Covid-19»²⁶.

La scelta della Corte (di selezione del solo parametro di cui all'art. 117, secondo comma, lett. q), pur essendo certamente pragmatica e comprensibile, si espone tuttavia a qualche rilievo critico.

Tra i parametri evocati ed al fine del riparto di competenza, il giudice delle leggi individua la (sola) materia della profilassi internazionale, operando una scelta che rende superflua ogni ulteriore valutazione che, invece, sarebbe risultata necessaria se la Corte avesse ritenuto di ricondurre la controversia, sempre nella cornice di cui all'art. 117 Cost., da un lato, ai singoli titoli di competenza corrispondenti ai settori su cui vanno ad incidere le misure regionali introdotte, e dall'altro lato, ai principi fondamentali della materia della tutela della salute, parametro anch'esso evocato.

Ora, sono appunto queste ultime le soluzioni che non solo la Corte avrebbe potuto seguire, ma che ci si sarebbe persino attesi che, in effetti, venissero praticate. E questo non soltanto alla luce dei criteri di interpretazione del parametro costituzionale prescelto, ma anche della stessa giurisprudenza costituzionale pregressa.

Proprio qui, dunque, risiede il *punctum dolens* della decisione. Dato che, a sostegno dei due rilievi citati militano diverse considerazioni con la conseguenza che il giudizio della Corte appare, al riguardo, un po' troppo *tranchant*.

Anzitutto, se è vero – come è vero – che la Corte ha sempre affermato che «ai fini dell'individuazione della materia in cui si colloca la disposizione impugnata, si deve tener conto dell'oggetto, della *ratio* e della finalità della stessa [...] così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato», senza che «possa essere assegnata una rilevanza decisiva al titolo della legge impugnata»²⁷, allora sarebbe stato più opportuno un atteggiamento di maggior (cautela e) apertura a successive valutazioni di merito.

In secondo luogo, la competenza in materia di profilassi internazionale è stata sì evocata (e ritenuta sussistente) in diverse occasioni ma sempre in relazione ad altri parametri²⁸. Coerentemente, peraltro, con una (condivisibile) interpretazione restrittiva della voce *de qua*, dato

²⁴ Come, peraltro, è avvenuto anche nell'ambito della giustizia amministrativa, considerato che l'art. 21, l. Tar, al pari dell'art. 39 r.d. n. 1054 del 1924, non menzionava testualmente il *fumus boni iuris*; requisito che venne poi espressamente previsto solo con la l. n. 205 del 2000, di modifica dell'art. 21, l. Tar.

²⁵ La verifica della sussistenza del *fumus boni iuris* è, del resto, operata – in ogni giudizio cautelare ed – anche in relazione all'esercizio del potere di sospensiva nei conflitti intersoggettivi; per un raffronto v., *ex multis*, M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzione*, in *Quad. cost.*, 2002, 257 s.

²⁶ Testualmente, [Corte costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021, terzo Considerato](#).

²⁷ Testualmente Corte costituzionale, [sent. n. 137 del 2019](#); in senso analogo, *ex plurimis*, sentt. [n. 116 del 2019](#) e [n. 108 del 2017](#).

²⁸ Di recente, ad esempio, nella [sent. n. 186 del 2019](#) la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 3 e 4, e 2 della l. reg. Molise 12 settembre 2018, n. 8, contenente disposizioni relative all'adempimento degli obblighi vaccinali ai fini dell'iscrizione e dell'accesso dei minori alle scuole dell'infanzia e ai servizi educativi per l'infanzia, per contrasto con gli artt. 117, commi 2, lett. n) e q) e 3, nonché 3 Cost.

che l'espressione "profilassi internazionale" andrebbe intesa come riferita alle sole attività di profilassi delle malattie infettive e diffuse svolte nei punti di confine o frontiera e non, invece, secondo l'uso che ne fa la Corte, a qualunque intervento che possa aumentare il rischio di diffusione del virus e, con esso, di contagio²⁹.

A conferma dell'esegesi letterale milita, del resto, l'argomento topografico, dato che la "profilassi internazionale" è indicata all'art. 117, secondo comma, lett. q), non a caso dopo le voci "dogane" e "protezione dei confini", sicché tali espressioni andrebbero intese come contigue, stante la loro forte intersezione evidenziata proprio dalla loro collocazione, e riferite a un elemento transfrontaliero comune.

5. Brevi riflessioni, in chiave conclusiva

In definitiva, pertanto, come si è visto nelle pagine precedenti, la Corte non soltanto ha ritenuto per la prima volta di far uso del potere cautelare riconosciute in sede di giudizio in via d'azione, ma anche di esercitarlo in modo particolarmente intenso, operando una scelta netta e di preferenza tra i diversi parametri costituzionali evocati.

Tanto che, in ottica prospettica, se l'affermazione della competenza esclusiva dello Stato a legiferare in materia venisse poi (com'è presumibile) confermata nella decisione definitiva, essa renderebbe ovviamente del tutto superfluo l'esame da parte della Corte dei motivi che hanno determinato l'intervento legislativo della Regione. Ed a nulla varrebbe il richiamo del principio di leale collaborazione, poiché esso non potrebbe comunque operare rispetto ad una materia attribuita alla competenza esclusiva dello Stato³⁰.

Ora, le valutazioni della Corte – e, con esse, il richiamo della sola materia della profilassi internazionale – certamente dettate dalla necessità di una risposta unitaria nella gestione dell'emergenza sanitaria, portano a riflettere, in ottica più ampia, sugli effetti dell'esercizio (o mancato esercizio) del potere cautelare.

Benché la tutela cautelare sia funzionale all'adozione di un provvedimento i cui effetti – almeno di regola³¹ – sono destinati ad esaurirsi in concomitanza con la definizione della questione di merito³², per lungo tempo la Consulta ha assunto un atteggiamento di *self restraint*, dettato

²⁹ A conferma, si veda la definizione fornita dal MINISTERO DELLA SALUTE, Ufficio 3 – Direzione Generale della Prevenzione Sanitaria, [Relazione sulle attività svolte dagli USMAF-SASN: III trimestre 2020](#), dicembre 2020, che, specificamente, nella sezione "glossario", definisce la "profilassi internazionale" come l' "attività di profilassi delle malattie infettive e diffuse, quarantenarie e non, che si svolge nei porti, negli aeroporti e nei punti di confine terrestri dislocati sul territorio» (spec. 21). Nello stesso senso, già E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in [Giustizia Insieme](#), 26 gennaio 2021, 5 s.

³⁰ È appena il caso, peraltro, di rilevare che lo stesso accoglimento dell'istanza faceva ovviamente presumere l'esito favorevole del giudizio principale, dato che come già da altri rilevato, «la prassi segnala il dato univoco per cui l'accoglimento dell'istanza cautelare è stato sempre seguito dall'accoglimento del ricorso di merito, salve le pronunce di rito con le quali è stata dichiarata la cessazione della materia del contendere o l'estinzione del processo»; testualmente, A. VUOLO, *La tutela cautelare*, cit., 64 s.

Tale esito può dirsi ora certo: con la [sent. n. 37 del 2021](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 1, 2 e 4, commi 1, 2 e 3 della legge della Regione Valle d'Aosta n. 11 del 2020 e non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3 (sia in riferimento agli artt. 117, commi secondo lettere m) e q), e terzo, 118, 120 Cost. e al principio di leale collaborazione, che agli artt. 117, secondo comma lett. h) Cost. e 44 l. cost. n. 4 del 1948) nonché dell'art. 4, comma 4, 5, 6 e 7.

³¹ La cessazione della permanenza dell'efficacia del provvedimento cautelare potrebbe non discendere dalla sentenza definitiva, ma dalla situazione di fatto inveratasi che determina l'esaurimento stesso della funzione dell'atto interinale.

presumibilmente dalla consapevolezza dell'elevato rischio tanto di sconfinare – ancor più in ragione dell'accertamento sommario che caratterizza il giudizio cautelare – nella discrezionalità del legislatore, quanto di ledere gli stessi interessi costituzionali che proprio il Giudice delle leggi è chiamato a proteggere.

Ed infatti, non solo «l'esercizio (o il mancato esercizio) del potere cautelare può immettere la Corte nel fuoco delle polemiche, ravvicinando la decisione (sebbene provvisoria) al tempo delle scelte politiche»³³, ma anche incidere e finanche portare a sacrificio interessi costituzionali, in caso di errore nel rilascio di un provvedimento cautelare, se la successiva decisione finale dovesse evidenziarne la mancanza di fondamento, così come, all'opposto, nell'ipotesi di inerzia della Corte stessa, specie se il provvedimento di merito, pur favorevole al ricorrente, dovesse risultare non (più) utile³⁴.

Ed alla luce di tali considerazioni, non può che assumere rilievo il percorso argomentativo della Corte sulla sussistenza dei presupposti di esercizio del potere cautelare, i quali, per i motivi suddetti, richiederebbero un'attenta verifica e correlativamente una motivazione che, seppur succinta, non dovrebbe giammai essere eccessivamente stringata, di modo da dirimere ogni dubbio sul corretto operare del giudice.

Valutazioni – queste – che risultano pertinenti anche in relazione all'ordinanza qui in commento, la cui parte motiva – pur conforme, come si è detto, al disposto normativo – sarebbe stata maggiormente apprezzabile se avesse recato una più ampia esposizione delle ragioni a sostegno dell'adozione del provvedimento cautelare.

Tirando le fila dell'analisi che precede viene quindi da chiedersi se l'[ordinanza n. 4 del 2021](#) abbia segnato il passo per un diverso capitolo, nella storia della giurisprudenza costituzionale italiana, all'insegna di un nuovo uso che la Corte farà del potere cautelare anche nei giudizi di legittimità in via principale, oppure, al contrario, se è solo la gravità dell'inedita situazione emergenziale (e con essa la necessità di un tempestivo intervento per evitare il probabile pregiudizio degli interessi in rilievo) ad avere spinto la Corte ad esporsi e quindi ad esercitare quel potere rimasto così a lungo quiescente.

A nostro avviso è ragionevole optare per il secondo corno del dilemma.

Per quanto la Corte, infatti, abbia dimostrato, nel caso di specie, di interpretare in modo forte il ruolo di garante ad essa affidato – operando una scelta netta, pragmatica, seppure per certi versi discutibile – da ciò solo non pare possa evincersi una sovversione del suo consolidato *modus operandi*.

Ciò, per certi versi, risulta, infine, non soltanto prevedibile ma anche, a nostro modo di vedere, auspicabile.

³² In tal senso – travalicando i confini del giudizio costituzionale e risalendo ai primi contributi della dottrina processuale civilistica – già F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1936, I, 334, affermò che il provvedimento cautelare è “temporaneo” e “caduco”. In senso analogo, P. CALAMANDREI, *Introduzione*, cit., 9 ss. che distinse la temporaneità dalla provvisorietà, rilevando come «temporaneo è semplicemente ciò che non dura sempre, ciò che [...] ha per se stesso durata limitata; provvisorio è, invece, ciò che è destinato a durare fino a che non sopraggiunga un evento successivo, in vista ed in attesa del quale lo stato di provvisorietà permane nel frattempo» (spec. 10).

³³ Testualmente, A. VUOLO, *La tutela cautelare*, cit., 61 e riferimenti ivi citati. Più in generale, per una chiara ricostruzione storica del problema della natura del Giudice costituzionale e della progressiva valorizzazione dell'“anima politica” della Corte, si veda, *ex multis*, R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2009, 401-455.

³⁴ In argomento, A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIV, 1991, 11.

Giacché solo un utilizzo prudente del potere di sospensione cautelare potrà scongiurare il pericolo che, anche sotto questo profilo³⁵, il “pendolo della Corte” tenda in maniera sempre più netta (e quindi sproporzionata) verso l’anima politica di essa, a discapito di quella giurisdizionale³⁶

³⁵ È opinione comune, infatti, in dottrina che «in questi ultimi anni il pendolo della Corte, in continua ed inevitabile oscillazione tra l’anima politica e quella giurisdizionale che in essa coesistono, si stia spostando, più di quanto finora accaduto, verso la prima» (per dirla con le efficaci parole di 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. (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).

³⁶ Per questa illuminante espressione v. ancora R. ROMBOLI, *Le oscillazioni*, cit., 4.

Enrico Albanesi

Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?*

ABSTRACT: *The article analyses Judgment No. 33/21, issued by the Italian Constitutional Court. It is argued here that an advisory opinion of the ECtHR, under Protocol No. 16 to the ECHR, should be considered under certain conditions as ‘interposed norm’ in constitutional review, also with regard to those States (like Italy) that have not ratified Protocol No. 16 yet. However, in Judgment No. 33/21 the Italian Constitutional Court did not answer entirely the question whether this could be possible. In light of this role that can be played by advisory opinions of the ECtHR, it is also argued here that Italy should ratify Protocol No. 16.*

SOMMARIO: 1. La domanda rimasta, nella sua pienezza, inevasa nella [sent. Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33](#). – 2. L’ordinanza del giudice *a quo*: l’implicita assunzione del parere della Corte EDU come parametro. – 3. Effetto non vincolante dal punto di vista “verticale” ed effetto giuridico “orizzontale” del parere. – 4. I riferimenti al parere compiuti (da una prospettiva solo parziale) dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento. – 5. Conclusioni sull’opportunità che l’Italia ratifichi il Protocollo n. 16.

1. La domanda rimasta, nella sua pienezza, inevasa nella [sent. Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33](#).

Un parere (per sua natura: non vincolante) reso dalla Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU) ai sensi del Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU)¹ costituisce norma interposta (in relazione all’art. 117, comma 1, Cost.) per l’Italia, sebbene quest’ultima non abbia ratificato il Protocollo stesso?

Una simile domanda, nella sua pienezza, è rimasta a ben guardare inevasa da parte della Corte costituzionale nella [sent. 9 marzo 2021 n. 33](#). E ciò è accaduto sebbene il giudice *a quo*, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale, avesse dato (almeno implicitamente, a parere di chi scrive) una risposta positiva alla domanda stessa ed offerto quindi alla Corte costituzionale un’occasione per prendere posizione sulla questione.

Scopo del presente commento è rendere esplicita la posizione del giudice *a quo* sul punto, così come ricavabile dall’ordinanza di rimessione; fornire argomenti giuridici a sostegno della ricostruzione implicitamente prospettata dallo stesso giudice *a quo*; analizzare i riferimenti al parere compiuti (da una prospettiva solo parziale) dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento; trarre infine da tutto ciò un argomento di “politica costituzionale” a sostegno dell’opportunità che l’Italia ratifichi il Protocollo n. 16.

2. L’ordinanza del giudice *a quo*: l’implicita assunzione del parere della Corte EDU come parametro.

Con [sentenza 9 marzo 2021, n. 33](#) in commento, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla I sez. civ. della Cassazione (di seguito: giudice *a quo*)², di una serie di norme che escludono, attraverso il limite dell’ordine pubblico, la possibilità del riconoscimento dell’efficacia in Italia di provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertino il diritto di essere inserito, quale genitore intenzionale, nell’atto di nascita del figlio della persona cui si

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.

¹ Sull’istituto, specie dalla prospettiva della Corte costituzionale, cfr., volendo, E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021.

² Cfr. Cass., I sez. civ., ord. 29 aprile 2020, n. 8235, reg. ord. n. 99/20, G.U. n. 35/20.

è legati da matrimonio celebrato all'estero, ove il figlio sia nato attraverso la c.d. maternità surrogata. Nello specifico, ai sensi di una decisione del 2019 delle Sezioni unite della Cassazione³, l'ostacolo al riconoscimento dell'efficacia di tale provvedimento giurisdizionale straniero è costituito dal divieto di surrogazione di maternità di cui alla legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della donna e l'istituto dell'adozione. La Corte costituzionale, «di fronte al ventaglio delle opzioni possibili» per adeguare il diritto vigente alle esigenze degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata (come imposto dalla Costituzione italiana e, come si vedrà, dalla giurisprudenza della Corte EDU), ha scelto di «cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore» (punto 5.9 *cons. dir.*) e dichiarare la questione inammissibile con la sentenza in commento.

Per quanto qui interessa, la questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal giudice *a quo* in relazione, tra l'altro, all'art. 117, comma 1, Cost., invocandosi l'art. 8 CEDU sul diritto al rispetto della vita privata del bambino. In particolare, nell'ordinanza di rimessione della questione alla Corte costituzionale, il giudice *a quo* aveva menzionato il parere reso il 10 aprile 2019 dalla Corte EDU: trattasi del primo parere reso, ai sensi del Protocollo n. 16⁴, dalla Corte EDU⁵, richiesto nel caso concreto alla Corte di cassazione francese. Occorre a tal proposito ricordare che il Protocollo n. 16 è già entrato in vigore il 1° agosto 2018 ma solo per gli Stati che hanno espresso il loro consenso ad essere vincolati ad esso (tra questi c'è, appunto, la Francia ma non l'Italia).

Da tale parere, segnalava il giudice *a quo*, emergerebbero infatti scelte ermeneutiche differenti rispetto a quelle adottate dalle Sezioni unite nel 2019, tenuto conto del fatto che il parere reso alla Corte di cassazione francese ha finito per riconoscere il principio per cui il rispetto del diritto per la vita privata del minore ai sensi dell'art. 8 della CEDU richiede che la legislazione nazionale disponga una qualche possibilità di riconoscere la relazione con il genitore intenzionale, indicato come genitore legale nel certificato di nascita estero⁶.

Ebbene, ciò che qui particolarmente interessa è il modo in cui il giudice *a quo* ha inquadrato tale parere nell'ordinanza di rimessione che ha dato origine alla decisione in commento.

Da un lato, il giudice *a quo* ha ricordato come il Protocollo n. 16 non sia stato ancora reso esecutivo dall'Italia⁷ e come esso non sia «direttamente vincolante»⁸.

Dall'altro, ha aggiunto come «non si possa prescindere» da tale parere, il quale «impone scelte ermeneutiche differenti» rispetto a quelle delle Sezioni unite (corsivi aggiunti). Ed è proprio sulla base di quest'ultimo presupposto che il giudice *a quo* è giunto alla scelta di sollevare questione di legittimità costituzionale della normativa italiana (come interpretata dalle Sezioni unite) per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. Questi si è infatti trovato nella posizione, da un lato, di non poter assumere un'opzione interpretativa in contrasto con quello che «allo stato costituisce il diritto vivente, per come interpretato dalla più alta istanza della giurisdizione di legittimità» (dunque con le scelte ermeneutiche delle Sezioni unite); ma, dall'altro, di non poter neppure confermare una linea interpretativa, quella stessa delle Sezioni unite, poiché l'ha ritenuta in contrasto «con la posizione espressa dalla Corte europea sullo stesso tema» nel parere (corsivo aggiunto)⁹.

In definitiva, alla luce di quanto appena rilevato, sebbene nell'ordinanza di rimessione non si usi mai espressamente tale formula, sembra evidente che per il giudice *a quo*, il parere della Corte EDU vada inteso come una norma interposta (o, se si preferisce, come *interpretazione di* una norma

³ Cfr. Cass., sezz. un., sent. 8 maggio 2019, n. 12193.

⁴ Cfr. [Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms](#).

⁵ Cfr. European Court of Human Rights, *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, 10 April 2019, request no. P16-2018-001.

⁶ *Amplius* cfr. C. MASCIOTTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU alla prova dell'applicazione concreta e le possibili ripercussioni sull'ordinamento italiano*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2020, 192 ss.

⁷ Cfr. Cass., I sez. civ., ord. 29 aprile 2020, n. 8235, cit., 11.

⁸ *Ivi*, 17.

⁹ *Ibidem*.

interposta) in relazione all'art. 117, comma 1, Cost., secondo i principi delle c.d. sentenze gemelle del 2007¹⁰.

Nell'ordinanza si sottolinea anche come la formulazione delle disposizioni normative interne, se intese secondo l'orientamento delle Sezioni unite, offra una resistenza insuperabile ad essere interpretata in modo conforme alla CEDU ed alla Costituzione, «*tenuto anche conto del sopravvenuto parere espresso dalla Grande Camera della CEDU*»¹¹, escludendo dunque il giudice *a quo* che vi fossero margini per un'interpretazione convenzionalmente conforme in alternativa alla sollevazione della questione di legittimità costituzionale. In tal modo, dunque, il giudice *a quo* sembra avere assunto il parere anche come parametro ai fini dell'interpretazione (convenzionalmente) conforme¹².

Tutto ciò, però, nonostante l'Italia non abbia ancora dato esecuzione al Protocollo n. 16. Ragion per cui resta da chiedersi sulla base di quali presupposti teorici possa poggiare la ricostruzione del giudice *a quo*.

3. Effetto non vincolante dal punto di vista “verticale” ed effetto giuridico “orizzontale” del parere.

Ai sensi dell'art. 5 del Protocollo n. 16, il parere non è vincolante per la giurisdizione richiedente. È tuttavia significativo che in un *Reflection Paper* della Corte EDU del 2012 si sottolinei come esso dovrebbe essere considerato come un «valid case-law which it would follow when ruling on potential subsequent individual application»: nonostante il fatto che il parere non abbia alcun effetto vincolante nei confronti della giurisdizione richiedente nel caso pendente, ad esso dovrebbe cioè riconoscersi un «undeniable legal effect»¹³. In altri termini, come si nota nell'*Explanatory Report* del Protocollo del 2013¹⁴, l'interpretazione della CEDU e dei suoi protocolli contenuta nel parere è «analogous in its effect to the interpretative elements set out by the Court in judgments and decisions»¹⁵. Ciò, d'altronde, secondo la stessa dinamica che *mutatis mutandis* ha caratterizzato la prassi dei pareri delle corti internazionali¹⁶.

Sembrerebbe dunque doversi distinguere, da un lato, un'efficacia non vincolante del parere ai sensi dell'art. 5 del Protocollo n. 16, nei confronti dell'alta autorità giurisdizionale (ovviamente: degli Stati nei confronti dei quali il Protocollo è entrato in vigore) che lo ha richiesto; e, dall'altro, un'efficacia

¹⁰ Cfr. [Corte cost., sentt. 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349](#).

¹¹ Cfr. Cass., I sez. civ., ord. 29 aprile 2020, n. 8235, cit., 19.

¹² Il parametro è qui inteso in senso lato come «*lex superior* cui richiamarsi ai fini dell'interpretazione ed applicazione della legge»: non solo dunque ai fini della sollevazione di una questione di legittimità costituzionale ma anche al fine di fornire un'interpretazione “adeguatrice” della legge da applicare. Così R. ROMBOLI, *Il riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità (l'interpretazione “adeguatrice” e l'applicazione diretta)*, in G. Pitruzzella-F. Teresi-G. Verde (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, Giappichelli, 2000, 635.

¹³ Cfr. *Reflection Paper on the proposal to extend the Court's advisory opinion*, March 2012, No. 3853038, par. 44.

¹⁴ Cfr. *Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 2 October 2013, par. 1.

¹⁵ *Ivi*, para. 27. Sul punto cfr. P. DE SENA, *Caratteri e prospettive del Prot. 16 Cedu nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2015, 11. Parla di «*valore legale*» del parere ed ipotizza l'istituzione di «un “archivio parallelo” all'interno della giurisprudenza della Corte europea, nel quale transiteranno i pareri», R. CONTI, *La richiesta di parere consultivo alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Prot. 16 Cedu e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, *ivi*, rispettivamente, 106 e 101. Parla di effetti «semivincolanti», M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Conversione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei dritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in [Federalismi.it](#), 2019, n. 3, 50.

¹⁶ Cfr. J.C. SCHMID, *Advisory Opinions on Human Rights: Moving beyond a Pyrrhic Victory*, in *Duke Jour. Comp. & Int. Law*, Vol. 16, 2006, 415 ss.

giuridica del parere, quale elemento costitutivo la giurisprudenza della Corte EDU, nei confronti della Corte EDU stessa¹⁷.

Come si è proposto in altra sede¹⁸, sembra potersi parlare a proposito nel primo caso di *effetto non vincolante dal punto di vista “verticale”*; mentre nel secondo caso di *effetto giuridico “orizzontale”*, in quanto il parere si caratterizza come elemento costitutivo la giurisprudenza della Corte EDU, in quanto tale avente dunque valore per tutti gli Stati, anche quelli che non hanno ratificato il Protocollo n. 16.

Ove si condivida tale ricostruzione, questo non significa ovviamente che, guardandosi all’Italia, al parere (in quanto elemento costitutivo la giurisprudenza della Corte EDU) vada in tal modo riconosciuto un effetto *tout court* vincolante. Occorre infatti ricordare come ciò che vincola lo Stato italiano è esclusivamente la giurisprudenza *consolidata* della Corte EDU¹⁹.

A tal proposito, occorre notare come sia verosimile che le alte autorità giurisdizionali giungano alla richiesta di parere alla Corte EDU *proprio in assenza* di una giurisprudenza consolidata di quest’ultima²⁰, in quanto è proprio per chiedere il chiarimento di un dubbio interpretativo che ci si rivolge alla Corte EDU. Nella [sent. n. 49 del 2015](#) la Corte costituzionale ha sottolineato d’altronde come lo strumento della richiesta del parere ed il parere stesso costituiscano uno strumento di dialogo che si colloca coerentemente nell’ottica del «carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale», in cui sono coinvolti «idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte costituzionale». La Corte è stata chiarissima nel precisare come l’approccio dialogico e dialettico, che già oggi caratterizza il sistema convenzionale, «in prospettiva, potrà divenire ulteriormente fruttuoso» alla luce del parere di cui al Protocollo n. 16. L’istituto del parere, scrive ancora la Corte, conferma «un’opzione di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l’imposizione verticistica di una linea interpretativa su *questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato* e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali»²¹ (corsivo aggiunto).

Tale prospettiva non esaurisce tuttavia tutte le situazioni possibili: il parere potrebbe essere richiesto anche in presenza di giurisprudenza consolidata della Corte EDU²², si è detto, ben potendo magari quest’ultima, a fronte di una motivazione stringente adottata dall’alta giurisdizione nazionale richiedente, rivedere almeno in parte il proprio originario punto di vista sull’interpretazione del diritto di propria competenza, come ad esempio avvenuto *mutatis mutandis* per la Corte di giustizia dell’UE nel caso *Taricco*²³.

È poi ben vero che la Corte costituzionale nella [sent. n. 49 del 2015](#) non ha espressamente affermato che gli indici per qualificare una giurisprudenza come consolidata siano applicabili anche ai pareri di cui al Protocollo n. 16 *in quanto tali*. Risulta però difficile escludere tale applicabilità anche ad essi, una volta che si riconosca la loro confluenza nella giurisprudenza della Corte EDU, *proprio in ragione di ciò*.

Sembra allora doversi concludere nel senso che in virtù del suo effetto giuridico “orizzontale”, il parere andrà a costituire *giurisprudenza* della Corte EDU ma che questa diventerà *vincolante* per gli Stati membri, anche per l’Italia, sebbene non aderente al Protocollo n. 16, solo ove ed in quanto essa possa considerarsi anche giurisprudenza *consolidata*, secondo gli indici della [sent. n. 49 del 2015](#)²⁴.

¹⁷ Cfr. O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l’ordinamento giuridico italiano*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2019, n. 2, 10 s.

¹⁸ Cfr. E. ALBANESI, *Corte costituzionale*, cit., 18 ss.

¹⁹ Cfr. [Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49](#).

²⁰ Nota il punto M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l’autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU. Appunti per l’audizione innanzi la 2a Commissione Giustizia della Camera dei Deputati (26 novembre 2019)*, in [Sistema Penale](#), 2019, 7.

²¹ Cfr. [Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49](#), cit., punto 7 *cons. dir.*

²² Cfr. A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in [Rivista di diritti comparati](#), 2020, n. 1, 13. Cfr. anche R. CONTI, *La richiesta di parere*, cit., 104.

²³ Cfr. A. RUGGERI, *Protocollo 16*, cit., 14.

²⁴ Cfr. [Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49](#), cit., punto 7 *cons. dir.*

4. I riferimenti al parere compiuti (da una prospettiva solo parziale) dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento

È all'interno di una simile ricostruzione teorica che può trovare fondamento una posizione quale quella del giudice *a quo* che dunque può comprendersi solo ove si assuma che questi, in prima battuta, abbia assunto che il parere costituisca parte della giurisprudenza della Corte EDU (è l'effetto "orizzontale" cui si è fatto riferimento); e, in seconda battuta, abbia ritenuto (almeno in via astratta) che proprio per questa ragione il parere, sul piano interno, debba considerarsi, da un lato, parametro in relazione al quale il giudice ha l'obbligo di svolgere interpretazione convenzionalmente conforme della normativa nazionale; dall'altro, norma interposta²⁵ in relazione all'art. 117, comma 1, Cost.

Tale conclusione sembra a parere di chi scrive inevitabile. Se il parere lo si riconduce alla giurisprudenza della Corte EDU, le conseguenze giuridiche (quantomeno in via astratta) sul piano interno sono inevitabilmente quelle che si sono appena ricordate²⁶.

La Corte costituzionale non si è però pronunciata sul punto nella sentenza in commento, limitandosi a ritenere infondata una prima eccezione di inammissibilità dell'Avvocatura dello Stato. Secondo quest'ultima, il giudice *a quo* avrebbe erroneamente assunto il parere della Corte EDU come parametro interposto. Secondo la Corte costituzionale, il giudice *a quo*, «pur richiamando tale parere», ha però invocato correttamente quale parametro interposto l'art. 8 CEDU. D'altra parte, ha aggiunto la Corte, «non v'è dubbio che il parere» non sia vincolante: «né per lo Stato cui appartiene la giurisdizione richiedente, né a fortiori per gli altri Stati, tanto meno quelli – come l'Italia – che non hanno ratificato il protocollo in questione» (punto 3.1 *cons. dir.*).

In questo modo, però, la Corte, da un lato, non si è chiesta a che titolo giuridico il giudice *a quo* avesse richiamato allora tale parere; dall'altro, si è limitata a ribadire qualcosa di ovvio (cioè l'effetto non vincolante dal punto di vista "verticale" del parere) ma non ha affrontato la vera questione posta (e risolta, se pur non esplicitamente, in modo positivo) dal giudice *a quo*: se cioè il parere abbia una qualche effetto giuridico "orizzontale" e se, ove esso sia riconducibile alla giurisprudenza consolidata, produca un qualche effetto sugli Stati, anche quelli, come l'Italia, che non hanno ancora ratificato il Protocollo n 16. Da questo punto di vista la Corte si è limitata a notare, in modo alquanto vago, come «tale parere è confluito in pronunce successive» (punto 3.1 *cons. dir.*); nonché a qualificare tale giurisprudenza come «ormai consolidata» (punto 5.7. *cons. dir.*).

Lo stesso sembra doversi dire per una seconda eccezione di inammissibilità dell'Avvocatura dello Stato dichiarata infondata: quella riguardante l'omessa sperimentazione da parte del giudice *a quo* di un'interpretazione conforme alla CEDU alla luce del parere. Ebbene, la Corte si è limitata a notare come il giudice *a quo* abbia plausibilmente motivato nel senso dell'impraticabilità di un'interpretazione conforme (punto 3.2 *cons. dir.*), senza però affrontarsi la questione se il parere potesse essere inteso come parametro, quale *lex superior* in relazione alla quale fornire un'interpretazione adeguatrice.

In definitiva, la Corte non ha dunque chiarito se il parere possa considerarsi come parte della giurisprudenza della Corte EDU nel senso che qui si è detto, di produrre cioè un effetto giuridico "orizzontale".

Mancando una riflessione sul punto, la Corte non ha tampoco affrontato la questione se *in concreto* il parere del 2019 potesse considerarsi in tal senso giurisprudenza consolidata alla luce degli indici di cui alla [sent. n. 49 del 2015](#), per poter quindi procedere all'utilizzo della stessa quale parametro, nel senso lato che si è detto. Indice in tal senso sarebbe potuto essere il fatto che il parere promanesse (per sua natura) dalla Grande Camera; nonché il fatto che non ricorressero opinioni dissenzienti, in quanto esso è stato assunto all'unanimità. Ostavano invece a tale ricostruzione il fatto che il parere si caratterizzasse per la «creatività del principio affermato»: la richiesta di parere era stata infatti

²⁵ Cfr. M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 17.

²⁶ Cfr. E. ALBANESI, *Corte costituzionale*, cit., 138 ss.

avanzata dalla Corte di cassazione francese proprio per ottenere il chiarimento di un dubbio non risolto da una precedente pronuncia della Corte EDU.

Poi, è pur vero che dal punto di vista sostanziale la Corte è comunque arrivata a risultati conformi al parere: come si è detto, valorizzandosi l'art. 8 CEDU quale parametro interposto e richiamandosi la giurisprudenza consolidata delle pronunce successive in cui è confluito il parere. Ciò non toglie, tuttavia che la Corte ha lasciato inevasa quella domanda da cui si è partiti in questa sede. Senza dimenticare peraltro il fatto che è al parere del 19 aprile 2020 (e non solo all'art. 8 CEDU) che il giudice *a quo* aveva fatto espresso riferimento.

5. Conclusioni sull'opportunità che l'Italia ratifichi il Protocollo n. 16.

Se si condividono tali presupposti, tra i tanti argomenti ostili alla ratifica del Protocollo n. 16 (che si sono peraltro in altra sede confutati²⁷), l'obiezione alla ratifica del Protocollo n. 16 basata sulla natura vincolante del parere in virtù dell'effetto che qui si è denominato "orizzontale"²⁸, sembra allora trasformarsi addirittura in un argomento a favore della ratifica stessa²⁹.

Come infatti è stato notato, l'Italia, non aderendo al Protocollo n. 16, finirebbe per subire il vincolo del parere (nei limiti in cui esso possa nel caso concreto considerarsi giurisprudenza consolidata), senza avere però la possibilità di contribuire alla sua progressiva formazione per il tramite del dialogo concretizzantesi nella richiesta di parere di cui al Protocollo stesso³⁰.

²⁷ *Ivi*, 119 ss.

²⁸ Cfr. G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in [Federalismi.it](#), 2019, n. 5, 7 s. e F. VARI, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2019, 6.

²⁹ Cfr. E. ALBANESI, *Corte costituzionale*, cit., 137 s. nonché C. PINELLI, *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*, e E. LAMARQUE, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, entrambi in [Giustizia Insieme](#), 3 e 18 novembre 2020.

³⁰ Cfr. R. SABATO, *Audizione* [reperibile tra i *Documenti acquisiti* della seduta del 12 febbraio 2019 delle Commissioni riunite II e III della Camera dei deputati in occasione dell'esame dell'A.C. 1124], 2019, 6 s. e R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16 – e perché?*, in [Sistema Penale](#), 2019, 11.

Antonio Ruggeri**Le trasformazioni istituzionali nel tempo dell'emergenza* ****

ABSTRACT: *The paper highlights some of the most salient deviations that have occurred for some time and therefore increasingly worsened due to the emergency, of which there is evidence both at the level of institutional relations and also within society. It should be noted that the twists of the former are caused precisely by the latter, which are usually overlooked by even the most discerning doctrine. Finally, the paper focuses on the vital need to remedy some failures in both plans that have occurred in order for the order to be fully transmitted over time.*

SOMMARIO: 1. Il problematico riconoscimento delle trasformazioni istituzionali, a motivo della opacità del quadro costituzionale col quale vanno raffrontate, l'utilità del ricorso al riguardo a *consuetudini culturali* di riconoscimento sia dei lineamenti del modello e sia pure delle trasformazioni stesse, e le incertezze legate alla nozione di emergenza. – 2. Le più rilevanti ed appariscenti trasformazioni istituzionali. – 2.1. ... con riguardo agli organi della direzione politica ed ai loro rapporti (in specie, le maggiori alterazioni cui è andata soggetta la forma di governo, soprattutto per effetto del processo avanzato d'integrazione europea e dello sviluppo a ritmi incalzanti della scienza e della tecnologia). – 2.2. Le torsioni registratesi al piano dei rapporti dei giudici, sia con gli organi d'indirizzo che *inter se*, avuto specifico riguardo ai casi d'invasione da parte dei giudici comuni del campo riservato al giudice costituzionale. – 2.3. L'erosione dell'area materiale rimessa ai giudici comuni da parte della Corte costituzionale (in particolare, le più salienti esperienze di "riaccentramento" del sindacato dapprima riconosciuto come proprio dei giudici comuni). – 2.4. *Segue:* la "doppia pregiudizialità". – 2.5. Le alterazioni al piano dei rapporti sia interordinamentali (segnatamente, tra Unione europea e Stati) che intraordinamentali (con riferimento al riparto di materie e funzioni tra Stato e Regioni). – 3. Le trasformazioni rilevatesi nel corpo sociale e il cruciale rilievo da esse posseduto, nonché dai rimedi necessari al fine della integra trasmissione della società e dell'ordinamento nel tempo.

1. *Il problematico riconoscimento delle trasformazioni istituzionali, a motivo della opacità del quadro costituzionale col quale vanno raffrontate, l'utilità del ricorso al riguardo a consuetudini culturali di riconoscimento sia dei lineamenti del modello e sia pure delle trasformazioni stesse, e le incertezze legate alla nozione di emergenza*

Questo scritto nasce da un senso di colpa che sento qui di dover confessare ad alta voce e che affligge me e, però, è forse condiviso anche da altri operatori culturali, quale che sia l'ambito di appartenenza e, in special modo, dagli studiosi di diritto costituzionale: per non aver fatto fino in fondo la nostra parte, come potevamo e dovevamo fare, nello studio delle cause e nella messa a punto delle soluzioni adeguate a porre rimedio almeno ad alcune delle più gravi e vistose storture registratesi in un'esperienza istituzionale (e, come si dirà, anche e in primo luogo sociale) sempre di più discosta dall'alveo costituzionale, non soltanto – si badi – dalle regole iscritte nella Carta ma – ciò che è peggio – dai valori fondamentali ai quali essa dà voce. La qual cosa, poi, come pure si vedrà, dovrebbe sollecitare a far luogo, una buona volta, ad una disincantata riflessione in merito alla effettiva *vis prescrittiva* posseduta dalla legge fondamentale della Repubblica.

Alcune preliminari precisazioni in relazione ai due frammenti di cui si compone il titolo dato alla riflessione che mi accingo a svolgere: le trasformazioni istituzionali e l'emergenza.

Il primo di essi è gravato di serie ipoteche di ordine metodico-teorico ed avvolto da una fitta coltre di incertezze di ordine pratico. E ciò, per il fatto che, al fine di potersi discorrere di "trasformazioni", occorre dapprima stabilire, con sia pur relativa sicurezza, come sono fatti i lineamenti del modello costituzionale, cosa nient'affatto agevole, dal momento che la strutturale vaghezza del linguaggio della Carta, che pure per diffuso riconoscimento ne è una delle qualità caratterizzanti dalla quale dipende l'attitudine a trasmettersi integro ed a lungo nel tempo, caricandosi di significati sempre

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del Regolamento della Rivista.

** Farà parte del Liber amicorum S. Andò.

nuovi o rinnovati, rende complessivamente opaca l'immagine della Carta stessa, ostacolandone la messa a fuoco e la nitida rappresentazione. D'altronde, è risaputo che la duttilità della sostanza normativa di cui la stessa è composta, in prima approssimazione particolarmente accentuata nella parte sostantiva (e, più ancora, nei principi fondamentali) ed in minor misura in quella organizzativa, agevola nei fatti le manipolazioni semantiche del dettato da parte dei decisori politici in primo luogo e, quindi, degli stessi garanti del sistema, al pari di ciò che si ha con un materiale gommoso, com'è la plastilina con cui giocavamo da ragazzi, suscettibile di essere piegato e riconformato in modi ogni volta diversi, sì da dar vita a figure continuamente cangianti.

La Costituzione – è stato detto da un'accreditata dottrina¹ – è attraversata da un "moto" incessante, è – secondo un'altra sua efficace rappresentazione² – un "processo", più (e prima ancora) che un "atto".

Dunque, distinguere ciò che è, sì, nuovo ma che pur sempre può farsi ricondurre senza sostanziali forzature all'originario dettato da ciò che invece ne costituisce un'obiettivo torsione è cosa assai complicata; non a caso, d'altronde, sulle modifiche tacite e i mutamenti in genere del quadro costituzionale si è *ab antiquo* registrato un fitto e ad oggi non sopito dibattito³. A conti fatti, è il principio di effettività a far da discriminare; conta, cioè, ciò che si consolida e radica nell'esperienza divenendo oggetto – piace a me dire – di un'autentica *consuetudine culturale* diffusa di riconoscimento del "vero" diritto costituzionale, facendosi pertanto *diritto vivente*, così come, *ex adverso*, di ciò che ad esso non si riporta.

Intendo, dunque, qui per "trasformazioni" istituzionali quelle che, sempre in forza di una qualificazione diffusa, sono delle deviazioni dal modello costituzionale, quali che ne siano poi la portata e gli effetti. Consiglierei al riguardo di non andare oltre questa prima ed essenziale qualificazione, senza cioè verificare se si tratti di "fatti" dirompenti nei riguardi dei valori fondamentali dell'ordinamento, sì da incidere sulla stessa identità costituzionale di quest'ultimo, ovvero di semplici "mutamenti", considerati "meno traumatici" e "più circoscritti"⁴. Qui, di contro, si preferisce assegnare largo significato al primo termine, senza impegnarsi, almeno per il momento, nella spinosa questione, di assai incerta ed ardua soluzione, relativa alla entità degli effetti prodotti da tutte le "novità" in discorso nei riguardi dei principi fondamentali e senza peraltro – si faccia caso – escludere in partenza che possano persino aversi "trasformazioni" idonee a servirli ancora meglio. E, invero, è da mettere in conto che si diano trasformazioni poste in essere dagli operatori in genere (e, in specie, dai giudici) correttive o integrative del modello costituzionale, fatte insomma – potrebbe dirsi – *a fin di bene*, anche se talvolta, per una singolare eterogenesi del fine stesso, idonee a dar vita ad esiti *boomerang*.

D'altro canto, la duttilità strutturale degli enunciati costituzionali costituisce – si sa – un'arma a doppio taglio: incoraggia le innovazioni in parola e, comunque, non le ostacola in significativa misura e vi dà costante alimento ma comporta anche non pochi inconvenienti, per il fatto di dar vita ad effetti imprevisi ed indesiderati, continuamente cangianti.

¹ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [Rivista AIC](#), 1/2013, 1° marzo 2013.

² Spec. A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.

³ Di recente, riferimenti possono aversi da 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; S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss.; F. FERRARI, *Studio sulla rigidità costituzionale. Dalle Chartes francesi al Political Constitutionalism*, FrancoAngeli, Milano 2019; M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull'esperienza italiana*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2019, 20 gennaio 2020, nonché dai contributi di più autori che sono nel fasc. monografico 1/2020 di *Dir. cost.*, dal titolo *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia e R. Bin. Infine, utili spunti di riflessione offre ora il corposo studio monografico di Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021.

⁴ Così, invece, secondo la partizione prospettata da S. BARTOLE, *op. cit.*

Stando così le cose, si capisce bene come si siano affacciate col tempo letture di vario segno sia dei singoli enunciati di cui si compone il modello che di quest'ultimo nella sua interezza. Nell'intento di accorciare, se non pure azzerare, la distanza che si ha tra le soluzioni ricostruttive via via affacciate, torno a dire che a me pare non rimanga altro che far capo alle più diffuse e consolidate credenze. Il rischio è infatti sempre incombente di incappare altrimenti in quel vizio del "solipsismo giuridico, proprio di certi giuristi troppo orgogliosi e personalistici" dal quale ci ammoniva a guardarci un ispirato studioso⁵. Per la mia parte, non ho la presunzione di ritenere che l'idea che mi sono fatto in relazione a talune questioni particolarmente vessate, per quanto giudicata come linearmente discendente dal modello o, come che sia, ad esso conforme, sia per ciò solo da considerare l'unica giusta o "vera".

Di qui, l'utilità di fare riferimento a quelle *consuetudini culturali* di riconoscimento dei lineamenti del modello e delle stesse trasformazioni, di cui un momento fa si diceva. Il che, in buona sostanza, equivale a dire che il fondamento della validità (nel senso della prescrittività) del modello riposa nella sua effettività.

Invito, poi, a fermare l'attenzione sulla necessità di guardare ai tempi lunghi, a ciò che appunto si stabilizza e radica nell'esperienza, non già a ciò che si dimostra essere effimero e transeunte⁶, che poi sono – come si sa – i tempi richiesti per l'affermazione delle consuetudini, qui non normative ma culturali, o meglio *normative in quanto culturali*.

L'esperienza, dunque, richiede di essere osservata e valutata alla luce del modello, al fine di stabilire se e dove ad esso si conformi e dove invece vi si discosti. Ma l'esperienza, per la sua parte, concorre a fare il modello, ove si convenga che questo naturalmente attinga e non possa non attingere a materiali offerti da quella. Sono, insomma, le più salienti, radicate, vistose *regolarità*, politiche e sociali in genere, il punto obbligato di riferimento in siffatta impegnativa ricerca, le sole idonee a farsi, per la loro parte, modello.

D'altro canto, il lemma "trasformazioni" evoca l'idea di ciò che è tendenzialmente stabile e duraturo e, dunque, sufficientemente radicato nell'esperienza. Nessun rilievo può pertanto assegnarsi ad occasionali deviazioni dal solco costituzionale ad opera di pratiche politiche e sociali che poi tornino a reimmettersi in esso dopo avervi dapprima deviato⁷.

Non minori incertezze avvolgono, poi, il secondo segmento del titolo dato a questa riflessione, con riguardo al termine "emergenza" che in sé parrebbe riferirsi a qualcosa di transeunte e, già solo per ciò, alla luce di quanto appena detto, problematicamente componibile ad unità col primo. E, tuttavia, molte delle emergenze inizialmente, con ingiustificato ottimismo, viste come transitorie si sono quindi, per responsabilità gravanti sui decisori politici del nostro e di altri Paesi e talvolta con l'avallo ad esse con eccessiva generosità prestato dai garanti, man mano sempre più radicate e diffuse, connotandosi perciò ormai come endemiche (così, ad es., per quella climatica o la terroristica). Di altre poi (come quella economica) non possiamo ad oggi dire se si dispongano sulla scia delle prime – come, invero, è da temere – o se, addirittura, si assisterà al loro ulteriore inasprimento (anche in conseguenza degli effetti perniciosi discendenti dalle altre emergenze) ovvero se possano, almeno in parte, subire una contrazione, sia pure in tempi prevedibilmente assai lunghi. Infine, in relazione ad altre ancora, quale quella sanitaria in atto, confidiamo che possano essere superate, sia pure con non poco travaglio e in un lasso temporale – si spera – non particolarmente lungo.

⁵ L. PALADIN, *Saluto ai partecipanti al convegno di Trieste del 26-28 maggio 1986 su Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988, 5.

⁶ Per questa ragione, per fare ora solo il primo esempio che mi viene in mente, non includerei tra le trasformazioni di cui qui si tratta alcune singolari innovazioni al quadro costituzionale riscontratesi una sola volta, delle quali dunque non è ad oggi possibile stabilire se mai torneranno a ripetersi, quale quella avutasi sul fronte delle relazioni interordinamentali ad opera della discussa (e discutibile) [sent. n. 238 del 2014 della Corte costituzionale](#) che, in deroga al chiaro disposto di cui all'art. 134 della Carta, ha giudicato suscettibili di sindacato altresì norme non scritte (nella specie, una norma di adattamento automatico a consuetudine internazionale).

⁷ Un solo esempio per tutti: la singolare lettura del numero dei senatori a vita fatta propria anni addietro da un popolare Presidente della Repubblica, che si riteneva abilitato a sfiorare il tetto di cinque indicato nella Carta, in seguito (per fortuna...) non più riproposta.

Ora, è da notare che la gran parte delle trasformazioni di cui si ha ormai, per diffuso e consolidato riconoscimento, riscontro hanno risalente ascendenza. L'emergenza ne ha solo accelerato ed acuito talune espressioni, rendendole allo stesso particolarmente evidenti.

Ebbene, tutto ciò posto, nello studio delle trasformazioni in parola conviene distinguere a seconda del piano al quale si manifestano, tenendo dunque separata l'analisi di quelle specificamente riguardanti le istituzioni dalle altre che hanno nel corpo sociale il "luogo" nel quale hanno origine e si rendono manifeste. Si tratta – è bene averne subito consapevolezza – di una distinzione utile per una duplice ragione.

In primo luogo, lo è allo scopo di fare chiarezza e di mettere ordine nella sistemazione dei materiali oggetto di esame, con l'avvertenza però che tutte le esperienze poi s'immettono in un unico circuito nel quale si svolgono, caricandosi e variamente influenzandosi a vicenda. D'altronde, società ed istituzioni non possono essere tenute – come si sa – innaturalmente separate, svolgendosi tra le stesse flussi continui di elementi idonei a condizionarsi ora in maggiore ed ora in minor misura, secondo quanto si tenterà di mostrare ancora meglio più avanti. È chiaro, ad ogni buon conto, che nella crisi delle istituzioni si rispecchia e riproduce la crisi della società. La efficace immagine di un accreditato studioso che ha discorso di una "crisi del rappresentato"⁸ è, a mia opinione, generalizzabile, portandosi oltre l'ambito della rappresentanza per estendersi all'intero apparato ed all'intero corpo sociale.

In secondo luogo, si ha in tal modo conferma che a poco o a nulla giovano pur oculati interventi correttivi operati al piano istituzionale se non preceduti da altri riguardanti le fondamenta dell'edificio, che appunto si situano nel profondo del corpo sociale, nella sua struttura, reggendone le articolazioni interne.

Il punto è di cruciale rilievo; eppure, appare essere stranamente trascurato anche dalla più avvertita dottrina, oltre che dagli stessi attori politici che seguitano a riproporre stancamente il *refrain* delle riforme istituzionali, viste quale la panacea per tutti i mali che affliggono la comunità organizzata, senza tener conto che il piano suddetto si regge su un sostrato sociale in grado di sorreggerlo solo se è in sé solido e sano.

2. Le più rilevanti ed appariscenti trasformazioni istituzionali

Ciò posto, comincio ad ogni buon conto a dire, in primo luogo, delle trasformazioni istituzionali, peraltro fatte oggetto – come si sa – di insistito esame da tempo, sì da non richiedersi qui un lungo discorso al fine di aversene una pur sommaria illustrazione⁹. Assai meno studiate, invece, sono le trasformazioni concernenti la struttura del corpo sociale, che – come si è venuti dicendo – sono proprio quelle di maggior rilievo e che, già solo per ciò, avrebbero meritato un'attenzione purtroppo mancata.

Faccio dunque capo alle trasformazioni maggiormente appariscenti, in merito alla cui sussistenza e consistenza si registra un riconoscimento diffuso, che ha peraltro alimentato (ed alimenta) un fitto dibattito sia per ciò che attiene alle cause e sia pure in ordine ai possibili rimedi.

⁸ M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon - F. Biondi, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss.; più di recente, dello stesso, v. *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria pol.*, 2015, 113 ss., spec. 128.

⁹ Un chiaro affresco ne dà, con specifica attenzione alle dinamiche caratterizzanti la forma di governo, Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione*, cit. Dal mio canto, ho avuto modo di dirne ancora non molto tempo addietro nel mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., 415 ss., nonché in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2018, 20 giugno 2018, facendone oggetto di osservazione da un angolo visuale non coincidente con quello di qui, in ragione anche di talune novità nel frattempo registratesi nell'esperienza.

2.1. ... con riguardo agli organi della direzione politica ed ai loro rapporti (in ispecie, le maggiori alterazioni cui è andata soggetta la forma di governo, soprattutto per effetto del processo avanzato d'integrazione europea e dello sviluppo a ritmi incalzanti della scienza e della tecnologia)

Con riguardo ai rapporti tra gli organi della direzione politica, è un dato ormai acquisito che si sia col tempo sempre più affievolito il ruolo delle assemblee elettive, progressivamente emarginate, se non del tutto escluse, dai processi decisionali, a fronte – si dice – del ruolo di centrale rilievo giocato dal Governo¹⁰.

Certo, se il raffronto resta circoscritto ai due protagonisti istituzionali della forma di governo parlamentare, pur nelle varie combinazioni di cui si è avuto (e si ha) riscontro nei Paesi nei quali si è radicata e svolta¹¹, il giudizio comunemente accolto e qui pure in estrema sintesi richiamato non sembra lontano dal vero. È un fatto, però, che entrambi gli organi d'indirizzo politico, in buona sostanza, si sono dimostrati (e si dimostrano) deboli, essendo in larga misura scemato il potere decisionale da essi un tempo stabilmente detenuto, per plurime ragioni, le più rilevanti delle quali sono a mio modo di vedere due.

Per un verso, un ruolo di cruciale rilievo è da assegnare all'infittirsi dei vincoli aventi origine esterna in genere, particolarmente intensi nell'era della globalizzazione, come si è soliti ormai chiamarla, con termine ad effetto ancorché carico di una non rimossa ambiguità¹², nonché al processo viepiù avanzato d'integrazione sovranazionale. Non per mero accidente, d'altronde, si è altrove discusso di una "sovranità condivisa" tra Unione e Stati, segnata dal transito in verso ascendente di quote sempre più consistenti di potere a beneficio della prima¹³.

Le emergenze spingono, per la loro parte, vigorosamente in tal senso, fino al punto di stringere in una morsa soffocante, specie in taluni frangenti, alcuni Stati che versano in condizioni di particolare bisogno. Ho, al riguardo, vivida davanti agli occhi l'immagine del *Premier* greco A. Tsipras che, nel momento in cui la crisi economica si avvertiva con particolare intensità, durante una sofferta trattativa con i *partners* europei, si toglieva con gesto plateale la giacca gettandola sul tavolo ed invitandoli a prendersela dopo aver privato il suo Paese del necessario per sopravvivere. Ma, senza pervenire ad una forma di condizionamento esasperato ed insopportabile, quale quello patito dal popolo greco, che ad oggi ne paga duramente le conseguenze, non si dimentichi la sofferta vicenda consumatasi da noi nel dicembre del 2018, in occasione del varo della manovra finanziaria, particolarmente indicativa non soltanto dello svilimento del ruolo decisionale delle Camere, nella circostanza praticamente azzerato, ma anche della sostanziale *deminutio capitis* cui è andato soggetto lo stesso Governo, obbligato a sottostare ai vincoli stringenti venuti dall'Unione. Per di più, ne hanno fortemente risentito gli stessi organi supremi di garanzia: il Capo dello Stato, in primo luogo, che ha visto vanificato il suo potere di controllo sugli atti del Governo e del Parlamento e, in seconda battuta, la Corte costituzionale che, chiamata in campo da un ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato da esponenti parlamentari dell'opposizione, ha dovuto dar fondo alle sue non comuni capacità argomentative per

¹⁰ Demolito impietosamente dai fatti il mito della centralità del Parlamento alimentato alcuni decenni addietro da riforme sulla carta di grande rilievo, quale quella che ha portato al varo dei nuovi regolamenti camerale, sulle quali si erano appuntate speranze diffuse e intensamente avvertite tra gli studiosi così come tra gli operatori (per tutti, v. S. ANDÒ, *La centralità del Parlamento nell'attuale forma di governo*, in AA.VV., *Crisi politica e riforma delle istituzioni: dal caso italiano alla Comunità europea*, Tirrenia Stampatori, Torino 1981, 117 ss.).

¹¹ Non ha ad oggi perso interesse il quadro che ne ha fatto, ormai oltre mezzo secolo addietro, T. MARTINES, *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Giuffrè, Milano 1967, che con lucida ed impietosa analisi ha messo a nudo le carenze della forma di governo suddetta, specie per ciò che concerne l'inveramento in essa del valore democratico.

¹² Basti solo por mente, al riguardo, ai condizionamenti esercitati dai mercati internazionali e, in parte, dalle agenzie di *rating*, con ciò che ne consegue in ordine alla definizione della direzione politica.

¹³ Riferimenti possono, volendo, aversi da P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*⁵, Giappichelli, Torino 2019 e, più di recente, da G. VOSA, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri fra Stati e Unione europea*, FrancoAngeli, Milano 2020; sulla sovranità dell'Unione, v., poi, da ultimo, la *Enquête sur la souveraineté européenne*, curata dalla Fondazione J. Jaurès e dalla Fondazione F. Ebert, in *Ipsos*, gennaio 2021.

mettere la legge al riparo dalle censure mosse dai ricorrenti, battendo la comoda via di fuga della dichiarazione d'inammissibilità ([ord. n. 17 del 2019](#)).

Senza indugiare ora su questa o altre vicende che, seppur meno eclatanti, potrebbero ugualmente essere evocate a sostegno dell'assunto sopra fatto, a me pare che sia innegabile la complessiva torsione subita dal disegno costituzionale riguardante la forma di governo e la trama istituzionale in genere¹⁴. Non credo, insomma, di dover ora rivedere criticamente un'affermazione fatta in relazione alla vicenda che ha portato alla formazione del Governo Monti, secondo cui il Governo deve, sì, godere della fiducia delle Camere ma anche (e, forse, più ancora) di quella dei mercati e dei *partners* europei¹⁵: con la non secondaria avvertenza che il giudizio dato ieri si legava strettamente alla sofferta congiuntura del tempo, mentre oggi temo che lo stesso debba ormai considerarsi valevole a regime.

Se le cose stanno così come qui, in estrema sintesi, sono rappresentate, è da chiedersi se e quali innovazioni della Carta si richiedano al fine di far convergere modello ed esperienza, se non pure di ricongiungere pienamente l'uno all'altra.

È chiaro che la scelta è di campo. Portandosi ulteriormente avanti il processo d'integrazione sovranazionale, è nelle cose che con l'avocazione all'alto di quote crescenti di sovranità ne risentano vistosamente le relazioni di ordine istituzionale in ambito interno e, di conseguenza, gli equilibri ad esse connessi. Il vero è che sarebbero necessari interventi correttivi corposi specificamente riguardanti il verso ascendente del processo decisionale, vale a dire le forme di partecipazione degli organi che rappresentano il nostro Paese nelle sedi istituzionali in cui vengono a formazione le decisioni in ambito sovranazionale. Lungo la retta che congiunge lo Stato all'Unione è possibile adottare misure correttive a più "livelli", se così vogliamo chiamare i punti della stessa in cui esse possono realizzarsi, a partire da quelli più "bassi", in sede cioè di elaborazione della linea politica di cui il nostro Stato si farà quindi portatore per confrontarla con quelle degli altri Stati. Ulteriori innovazioni sarebbero poi necessarie nei segmenti della linea suddetta che si situano in ambito eurolunitario. Qui, però, le novità in parola s'inscrivono – com'è chiaro – nel quadro di un complessivo ripensamento della forma di governo dell'Unione: una questione, questa, sommamente spinosa e complessa che non può essere ora neppure sfiorata e che, ad ogni buon conto, può essere risolta (a parer mio, in modo graduale) solo all'esito di un nuovo patto "costituente" siglato tra tutti gli Stati membri che, realisticamente, vedo assai lontano.

Per un altro verso (e vengo a dire, con la massima rapidità, della seconda ragione), un considerevole e crescente rilievo va assegnato allo sviluppo frenetico (e non sempre, per vero, adeguatamente vigilato) della scienza e della tecnologia che ha naturalmente portato a far sì che tecnici ed esperti godano nel tempo presente (ed ancora di più godranno in futuro) di una *primaute*

¹⁴ Sui condizionamenti esercitati sulle dinamiche istituzionali di diritto interno (in ispecie, di quelle caratterizzanti la forma di governo) dal processo d'integrazione sovranazionale, v., tra gli altri, 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, *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, nonché, se si vuole, il mio *Integrazione sovranazionale e democrazia parlamentare*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 13 marzo 2020, 760 ss. Quanto, poi, ai più salienti sviluppi della forma di governo, *ex plurimis*, v. 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]; M.C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli attuali assetti della forma di governo*, in [Rivista AIC](#), 3/2019, 3 luglio 2019, 360 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.; G. DI COSIMO, *Sviluppi del governo parlamentare*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, 9 aprile 2020, 50 ss.; infine, ampiamente, Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione*, cit., spec. 299 ss.

¹⁵ Così, 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. Cfr., sul punto, Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione*, cit., 308 ss., che discorre (310) di un "influsso a intensità variabile" dei mercati, "cangiante in base alla forza politica di un dato governo" e naturalmente – mi permetto di aggiungere – a seconda dei contesti e delle più salienti dinamiche che in essi si affermano e svolgono.

culturale la cui portata ed efficacia sono peraltro difficilmente apprezzabili in tutta la loro consistenza¹⁶.

Mai come oggi che ci troviamo afflitti da una pandemia di cui purtroppo non si vede la fine abbiamo dovuto toccare con mano la verità di quest'assunto che evoca un fenomeno dal doppio volto, uno luminoso e l'altro oscuro, lo sviluppo in parola, da un canto, offrendo opportunità un tempo impensabili per l'appagamento di bisogni elementari dell'uomo e per il governo della società¹⁷ e, da un altro canto, però, portando in sé armi micidiali che, laddove non utilizzate in modo adeguatamente vigilato, possono sfuggire di mano, dando sfogo a tutto il loro formidabile potenziale distruttivo.

Qui, il rischio (che – ahimè – temo essere già, almeno in parte, certezza) è che scelte gravide di valenza politica si spostino dalle sedi loro proprie in capo agli scienziati ed agli esperti in genere¹⁸ che peraltro – si faccia caso – non ne rispondono se non alla loro coscienza. Un *trend*, questo, che potrebbe rivelarsi – come dire? – endemico, resistendo anche una volta cessata l'emergenza proprio per il suo radicarsi nel carattere tecnologicamente avanzato e viepiù marcato della società, dello Stato e delle dinamiche interne sia ad entrambi. Per vero, anche i meccanismi di responsabilità politica usuali, sia essa quella istituzionale come pure la diffusa, si sono – com'è noto – largamente inceppati, la crescita così come il venir meno del consenso degli elettori, a beneficio ovvero a danno di questa o quella formazione politica, dipendendo da cause solo in parte riportabili a scelte d'indirizzo dalle stesse fatte ed in altra, cospicua parte, invece, ponendosi quale l'esito dell'azione esercitata da variabili indipendenti dalle scelte stesse. Anche a questo riguardo – come si vede – la torsione rispetto al modello risulta palese, coinvolgendo non soltanto la forma di governo ma la stessa forma di Stato che ha quale sua base portante il valore democratico, sol che si ammetta – come a me pare devesi – che lo stesso principio ereditato dai rivoluzionari francesi secondo cui la responsabilità segue il potere patisce plurime e vistose deviazioni per mano di un'esperienza ormai sottrattasi ad ogni "logica" razionale e praticamente sfuggita ad ogni controllo.

Tutto ciò posto, il dato maggiormente appariscente (e, però, anche ingannevole, foriero di distorsioni ottiche incontrollabili) è costituito dalla tendenziale concentrazione, per effetto del proliferare di spinte di varia intensità, di quote consistenti di potere in capo a sedi istituzionali ristrette (semplificando al massimo, dalle assemblee elettive al Governo e, in seno a quest'ultimo, al Presidente del Consiglio e in parte, a taluni Ministri¹⁹, e così pure, *mutatis mutandis*, in ambito locale, ai Presidenti di Regione ed ai Sindaci²⁰), che nondimeno – come si è appena fatto notare – sono pur sempre soggette a plurimi, gravosi e talora persino soffocanti condizionamenti esterni. Un *trend* –

¹⁶ Se ne ha una tangibile testimonianza in specie dai casi, crescenti in modo esponenziale, la cui definizione, specie laddove coinvolgenti i c.d. nuovi diritti, poggia appunto sulle risultanze offerte dalla scienza e dalla tecnologia (riferimenti in A. SANTOSUOSSO - M. TOMASI, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*³, Cedam - Wolters Kluwer, Milano 2021).

¹⁷ Si pensi solo al mantenimento di alcune relazioni affettive e sociali in genere via *web*, altrimenti impossibile ad aversi, ed allo svolgimento a distanza delle attività lavorative, didattiche e persino sanitarie, reso necessario dal bisogno di porre un argine alla diffusione del contagio da Covid-19. Inimmaginabile, poi, il disastro planetario che si sarebbe avuto qualora la micidiale pandemia che al presente ci affligge si fosse manifestata anche solo alcuni decenni addietro, quando la scienza e la tecnologia non avevano ancora apprestato gli strumenti oggi disponibili.

¹⁸ ... secondo quanto, peraltro, è rilevato da studiosi attenti alle vicende della direzione politica, tra i quali, di recente, A. DE CRESCENZO, *Indirizzo politico. Una categoria tra complessità e trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

¹⁹ ... tra i quali principalmente quelli specificamente chiamati in campo *ratione materiae* dall'emergenza. La qual cosa, poi, per la sua parte avvalorata l'idea che i membri del Governo non stanno affatto tutti sullo stesso piano, con il Presidente del Consiglio quale mero *primus inter partes*, secondo la irenica e, direi, idilliaca ma distorta rappresentazione un tempo datane da alcuni studiosi, a mia opinione infedele tanto rispetto al disegno costituzionale quanto rispetto all'esperienza, nelle sue più salienti e marcate tendenze. Resta, poi, da vedere quale sia davvero l'intima natura e vocazione del Governo, per il modo con cui si distribuiscono al suo interno i poteri di decisione, ma di ciò in altri luoghi [ne ha, ancora di recente, discorso A. SAIITA, *Evoluzione strutturale del Consiglio dei ministri e le più recenti prassi. Rileggendo "Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana" di Antonio Ruggieri*, in Dirittifondamentali.it, 3/2020, 16 novembre 2020, 433 ss.; v., inoltre, le precisazioni sul punto che sono nel mio [La nascita del Governo Draghi, la resa senza condizioni della politica dei partiti alla politica del Presidente del Consiglio e i nuovi scenari che si prefigurano per i rapporti tra quest'ultimo e i Ministri](#), [Editoriali](#), in questa [Rivista](#), 15 febbraio 2021].

²⁰ ... al di là, ovviamente, delle differenze non meramente di facciata tra le forme di governo che si riscontrano nel passaggio da un territorio all'altro.

come si è veduto – viepiù rimarcato dall'emergenza e, dunque, giustificabile unicamente in nome di questa, sempre che – beninteso – si dimostri essere imposto dal bisogno di farvi fronte nel modo migliore, alle condizioni oggettive di contesto²¹.

Già la constatazione di questo dato, di comune riscontro, proietta in primo piano il bisogno, il cui appagamento è a mia opinione non più procrastinabile²², di una congrua disciplina costituzionale della gestione delle emergenze, di cui per vero un'accreditata dottrina non avverte la necessità, ritenendosi allo scopo sufficiente l'assetto stabilito dalla Carta, in ispecie la previsione dell'arma *bonne à tout faire* del decreto-legge. Le cose, in realtà, non stanno così, sol che si pensi che emergenze dai contorni continuamente cangianti, quale quella sanitaria che al presente ci affligge, richiedono misure esse pure rapidamente mutevoli²³, non veicolabili da uno strumento pure di pronto intervento, qual è il decreto-legge, pensato per situazioni connotate da una sia pur relativa stabilità²⁴.

D'altro canto, incomprensioni e conflitti manifestatisi tra il Governo (e, per esso, specificamente il Presidente del Consiglio) e i Presidenti di alcune Regioni (e Sindaci) hanno tratto, e traggono, alimento anche da strutturali carenze esibite dal dettato costituzionale bisognose – come qui pure si viene dicendo – di essere urgentemente colmate. Basti solo considerare, al riguardo, al disordine, come si sa endemico ma ulteriormente aggravato dall'emergenza, registratosi in seno al sistema delle fonti²⁵, a motivo del carattere debordante che appare essere proprio dei famigerati decreti del Presidente del Consiglio, ai quali – piaccia o no – è giocoforza riconoscere non soltanto rango sostanzialmente primario ma, addirittura, superprimario, avendo prodotto (e producendo) effetti sospensivi (se non pure derogatori) nei riguardi dei diritti di libertà, tanto più rilevanti ed inquietanti se si considera che se n'è avuto (e se ne ha) riscontro non soltanto in relazione a questo o quel diritto singolarmente presi ma agli stessi nel loro comporre un fascio unitario, nel loro fare tutt'uno insomma. Un esito, questo, che tuttavia dev'essere di necessità tollerato, rinvenendo giustificazione proprio nello stato di emergenza nel quale versiamo; sarebbe, però, a mia opinione opportuno rendere maggiormente intensi ed efficaci i controlli sugli atti governativi di emergenza chiamando in campo allo scopo principalmente il Capo dello Stato, secondo modalità peraltro ancora da mettere a punto ad opera della auspicata nuova disciplina costituzionale degli stati di crisi²⁶.

Discorso diverso va, poi, fatto per ciò che attiene a quello spostamento di quote viepiù consistenti di potere politico in capo agli scienziati ed agli esperti in genere, cui si è dietro accennato, che, per quanto esso pure ulteriormente sollecitato e rimarcato dalle emergenze, è tuttavia da considerare ormai uno degli elementi, di centrale rilievo, del sistema, siccome implicato dal carattere tecnologicamente avanzato della società in ogni suo aspetto (e, dunque, anche nelle sue espressioni

²¹ Al tirar delle somme, è il principio di ragionevolezza a dare “copertura” al fenomeno in parola, al di là delle incertezze che sempre si accompagnano alla verifica della congruità degli atti espressivi di potere rispetto ai fatti che ne sono governati.

²² Raguagli si possono, se si vuole, avere dal mio *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in [Stato di Diritto Emergenza Tecnologia](#), a cura di Giovanna De Minico e Massimo Villone, Consulta OnLine, Genova, 2020, 196 ss. Favorevole ad una disciplina degli stati di emergenza, da ultimo, anche D. TRABUCCO, *I «sovrani» regionali: le ordinanze dei presidenti delle giunte al tempo del covid-19*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2021, 12 marzo 2021, spec. 369 ss.

²³ Istruttivi al riguardo i cambiamenti frequenti di colore dei territori in cui si articola la Repubblica.

²⁴ Non a caso, d'altronde, la Carta assegna un termine di sessanta giorni per la eventuale stabilizzazione dei decreti-legge, nell'assunto che almeno per questo lasso di tempo (ma, verosimilmente, anche oltre) il caso straordinario di necessità ed urgenza rimanga uguale a se stesso, laddove l'esperienza ci consegna atti del Governo (a partire dai discussi DPCM) che a breve torno di tempo modificano la disciplina della materia.

²⁵ Assai animato il dibattito al riguardo [variamente sul punto, di recente, i contributi ospitati dal fasc. spec. 2020 dell'[Osservatorio sulle fonti](#) su *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, e gli altri al seminario AIC su *Emergenza, costituzionalismo e diritti fondamentali* del 4 dicembre 2020 di I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in [Rivista AIC](#), 1/2021, 12 gennaio 2021, 98 ss., e, pure *ivi*, V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento - Governo nel tempo della pandemia*, 27 gennaio 2021, 268 ss.; G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del Parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, 18 febbraio 2021, 384 ss.; M. CALAMO SPECCHIA - A. LUCARELLI - F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, 23 febbraio 2021, 400 ss.; M. CAVINO, *Appunti sui limiti territoriali all'esercizio del potere di ordinanza (in tempo di pandemia)*, 443 ss.].

²⁶ Per maggiori ragguagli v., nuovamente, il [mio scritto da ultimo cit.](#)

al piano politico-istituzionale). Un fenomeno, dunque, slegato dalle emergenze, seppur da queste ulteriormente alimentato e reso particolarmente vistoso.

Sta di fatto che, per l'uno o per l'altro verso, i decisori politici hanno dovuto assistere ad un progressivo svilimento della loro condizione e sono tuttora soggetti ad una profonda trasformazione strutturale, ad un'autentica crisi d'identità di cui si faticano ad intravedere i possibili, anche prossimi, sviluppi.

2.2. Le torsioni registratesi al piano dei rapporti dei giudici, sia con gli organi d'indirizzo che inter se, avuto specifico riguardo ai casi d'invasione da parte dei giudici comuni del campo riservato al giudice costituzionale

È nelle strutturali ed acclamate carenze degli organi della direzione politica in genere che è da rinvenire uno dei principali fattori di squilibrio di cui si ha ormai da tempo riscontro al piano dei rapporti tra gli organi stessi e quelli di garanzia (e, segnatamente, i giudici).

In parte se n'è già detto e può, dunque, procedersi ora speditamente nella sommaria descrizione del quadro che si va man mano componendo.

Della "sovraesposizione" dei giudici si è discusso in molte sedi, al punto che il termine qui evidenziato parrebbe essere una sorta di *slogan* che stancamente si ripete, caricato peraltro di plurime e sovente non esplicitate e argomentate valenze.

Gli eccessi di sicuro vi sono stati e, verosimilmente, vi saranno. Il punto è però che non è infrequente assistere ad indebite radicalizzazioni e generalizzazioni di pur fondate critiche e riserve formulate in relazione a singole vicende giudiziarie (insomma, il classico fare di tutta l'erba un fascio).

È interessante notare che del fenomeno della "iperpoliticizzazione" si ha diffuso riscontro, per quanto lo stesso si presenti particolarmente vistoso in relazione alle esperienze della giustizia costituzionale, assai meno per quelle che maturano presso le sedi in cui si amministra la giustizia comune. Della qual cosa è presto spiegata la ragione. Sulla Consulta i riflettori degli operatori, degli studiosi e della pubblica opinione sono costantemente accesi a motivo della posizione di centrale rilievo dall'organo detenuta in seno alla trama istituzionale ed in considerazione della portata degli effetti prodotti dalle sue decisioni (in specie di quelle ablative). Le pronunzie dei giudici comuni, di contro, pur costituendo un materiale imponente per dimensioni, non risultano dotate della medesima visibilità che è propria delle decisioni suddette: compongono una sorta di *iceberg* che rimane sommerso, mentre solo la punta fuoriesce in superficie, alla quale fanno da cassa di risonanza perlopiù le riviste specialistiche ed i mezzi di comunicazione di massa, limitatamente però a questioni particolarmente coinvolgenti la pubblica opinione.

Si dispone, peraltro, di un indice esteriore alquanto attendibile in ordine ad alcune vicende gravide di valenza politica che pervengono a maturazione alla Consulta; ed è dato dal fatto che la risoluzione di talune questioni che comporta uno squilibrio tra l'"anima" politica e quella "giurisdizionale" – come si è soliti chiamarle²⁷ –, a tutto detrimento della seconda, è veicolata dalla invenzione di inusuali

²⁷ *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. (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. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, 777 ss.); A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in

tecniche decisorie ovvero da un uso esasperato, *quodammodo* abnorme, di tecniche già sperimentate. *Cappato* ne è una emblematica, a mia opinione inquietante, testimonianza. Al fine di dare appagamento ai diritti fondamentali e, in genere, a bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale, viene in buona sostanza messo da canto il principio della separazione dei poteri, pur nella peculiare forma in cui è stato recepito dalla Carta. Il mezzo, insomma, è piegato al fine, sarei tentato di aggiungere: machiavellicamente. Sarà, questa, una spiegazione chiara di una vicenda oscura e, tuttavia, non per ciò è una giustificazione che regge ad un rigoroso confronto con il modello, senza peraltro trascurare la sana avvertenza di un'accreditata dottrina in merito all'utilizzo appropriato degli strumenti in dotazione degli organi e congeniali al *munus* cui si riferiscono²⁸.

Le manovre politiche dei giudici comuni, invece, perlopiù si avvalgono dello scudo protettivo della interpretazione conforme, abilmente trincerandosi sovente dietro la maschera di una raffinata argomentazione. Non si trascuri al riguardo la circostanza per cui il rifacimento di alcuni testi di legge vistosamente carenti, perdurando la colpevole inerzia del legislatore ad attivarsi in tal senso, si considera impraticabile per mano della Consulta, ostandovi il limite del rispetto della discrezionalità del legislatore che pure è non di rado andato incontro ad oscillanti applicazioni e persino messo per intero da canto²⁹; ed allora talvolta è stato (ed è) aggirato a mezzo di un uso forzato o, come che sia, non adeguatamente vigilato del canone della interpretazione conforme.

Ora, un punto è da tenere fermo e da mettere in evidenza; ed è che, in disparte la portata degli effetti prodotti dalle decisioni, rispettivamente, del giudice costituzionale e dei giudici comuni, che pure mantiene tutta quanta la sua innegabile rilevanza, laddove si assista alla produzione di regole nuove *iussu iudicis* che s'inscrivono in un quadro legislativo dapprima carente, si è pur sempre in presenza di un'operazione in sé e per sé "normativa", tanto più rilevante e gravida di valenze poi laddove le regole stesse si immettano nel dettato costituzionale che è dalle stesse sostanzialmente manipolato e variamente corretto o integrato³⁰.

[Rivista AIC](#), 4/2019, 26 novembre 2019, 154 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, Editoriale 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](#), 2020/I, 1 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in [Rivista AIC](#), 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss.; AA.VV., *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2020. 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.

²⁸ Ha fatto opportunamente notare A. PUGIOTTO, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169, che "i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini".

²⁹ Così, appunto, nella pronunzia di fine partita sul caso *Cappato*; e così pure parrebbe profilarsi nel caso di cui a [Corte cost. n. 132 del 2020](#), in cui si è fatto applicazione, in prima battuta, della tecnica decisoria inaugurata nel caso stesso. Non si sottovaluti, infine, il monito racchiuso nelle [sentt. nn. 32 e 33 del 2021](#) (in relazione a talune vicende legate alla procreazione medicalmente assistita) nelle quali la Corte esplicitamente dichiara di non ritenere opportuno far subito luogo al rifacimento normativo sollecitato al legislatore, lasciando tuttavia intendere di essere pronta, perdurando l'inerzia del legislatore stesso, a rompere gli indugi ed a prenderne il posto [v. quanto se ne dice, al riguardo, nel mio [La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore \(Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021\)](#), in questa [Rivista](#), 2021/I, 221 s.].

³⁰ Invito al riguardo a fermare l'attenzione sulla recentissima [sent. n. 41 del 2021](#) della Corte costituzionale, una pronunzia ablativa che però, con assai dubbia osservanza del disposto di cui all'art. 136 Cost., ha differito gli effetti dell'annullamento ad una data molto lontana, il 31 ottobre 2025, indicato nella parte motiva ma non menzionato nel dispositivo: uno spostamento che, peraltro, si presenta insicuro, in quanto legato ad una riforma legislativa (in materia di organizzazione della giurisdizione) fatta oggetto di critiche plurime e serrate, della cui esistenza la Corte si mostra avvertita.

Il vero è che il giudice delle leggi dà qui, come altrove, mostra di poter "bilanciare" beni costituzionalmente protetti con i canoni relativi al processo costituzionale; di contro, i "bilanciamenti" possono farsi unicamente tra entità omogenee (i beni in parola *inter se*), fermi nondimeno i canoni suddetti il cui rispetto – tengo qui a ribadire, dopo averne detto ripetutamente in altri luoghi – è condizione stessa del mantenimento della "giurisdizionalità" della giurisdizione costituzionale.

Certo, solo le decisioni della Corte sono messe al riparo della eventuale loro impugnazione³¹. Non si trascuri però che ogni pronunzia dei giudici comuni – sia o no portatrice di valenza politica, nel senso qui precisato – è astrattamente dotata dell’attitudine ad esprimere la cosa giudicata³².

Ora, è pur vero che una buona parte (forse, proprio la gran parte) delle deviazioni della giurisdizione trae alimento dalle complessive carenze della rappresentanza politica e delle sedi istituzionali in cui essa prende corpo, si deve cioè al bisogno di dare, in un modo o nell’altro, appagamento a domande sociali, di individui e gruppi, largamente avvertite e pressanti, destinate altrimenti a restare senza risposta per effetto delle annose mancanze e complessive carenze della legislazione. Ancora una volta, però, una spiegazione non è una giustificazione. Ed allora si tratta di vedere se, in che modo e in che misura possa rimediarsi ad uno stato di cose complessivamente discosto dal modello costituzionale, dalle linee di sviluppo in esso tracciate, dagli obiettivi sia pur sommariamente fissati.

Se è vero, com’è vero, che i guasti in parola si devono principalmente a difetti strutturali esibiti dalle sedi preposte alla direzione politica e, risalendo, dai partiti da cui una parte consistente del personale politico è tratto o ai quali è comunque obbligato a legarsi in sede di confezione delle candidature, si rende necessario andare alla radice dei guasti stessi, operando corposi ed incisivi interventi nel corpo sociale in cui spontaneamente si formano i partiti e i movimenti politici in genere.

Se ne dirà meglio tra non molto. Per il momento, è da chiedersi se all’interno del mondo della giustizia possano mettersi in atto soluzioni organizzative e funzionali adeguate a porre, almeno in parte, rimedio alle più vistose torsioni di cui si ha riscontro in occasione dell’esercizio del *munus* che è proprio dei giudici, in ciascuna delle sue forme espressive ed in tutte assieme.

Dei rimedi in parola c’è bisogno su un duplice fronte: al fine di riequilibrare (finché possibile...) le relazioni tra gli organi della direzione politica e i giudici, per un verso, e, per un altro verso, quelle di questi ultimi *inter se*. Avverto, nondimeno, alla luce di quanto si è fin qui venuti dicendo, di considerare alquanto problematico il conseguimento sul primo versante di risultati apprezzabili, in ragione delle condizioni di contesto, per il modo con cui complessivamente si atpeggia la democrazia rappresentativa. Non meno ardua, però, appare l’impresa di raddrizzare i rapporti tra gli organi di giustizia, quanto meno nelle loro maggiori storture, secondo quanto si passa subito a mostrare.

2.3. *L’erosione dell’area materiale rimessa ai giudici comuni da parte della Corte costituzionale (in particolare, le più salienti esperienze di “riaccentramento” del sindacato dapprima riconosciuto come proprio dei giudici comuni)*

Semplificando al massimo, è dato assistere ora ad invasioni del campo riservato alla Consulta da parte dei giudici comuni ed ora, all’inverso, ad erosioni dell’area materiale rimessa a questi ultimi da parte della prima³³.

³¹ Si faccia caso alla circostanza per cui il disposto di cui all’art. 137, ult. c., Cost. non distingue a seconda dei tipi di decisione, tutte parimenti protette per l’aspetto ora indicato. La qual cosa dovrebbe naturalmente portare ad un complessivo ripensamento del modo corrente di intendere e far valere gli effetti delle decisioni stesse, con specifico riguardo a quelle di rigetto. Ma, di ciò nulla ora dirò, dopo averne trattato in altri luoghi.

³² ... per quanto si abbiano – come si sa – dei casi, in aggiunta a quelli previsti dallo stesso ordinamento (in specie per la materia penale), in relazione ai quali il sopraggiungere di pronunzie della Corte europea può produrre l’effetto del superamento del giudicato.

³³ Giusto, dunque, discorrere – come, ancora di recente, si è fatto (e si fa) – di una spinta tanto centripeta quanto centrifuga che si registra in seno ai rapporti tra Corte e giudici comuni, rapporti costantemente fluidi ed oscillanti [riferimenti, da ultimo, negli scritti che sono nel fasc. 4/2020 di [Questione Giustizia](#), dedicato a *La Corte costituzionale nel XXI secolo*: in specie v., per il primo verso, C. PADULA, *Le “spinte centripete” nel giudizio incidentale di costituzionalità*, 62 ss. (che, però, nel complesso ne confuta la esistenza), e, per il secondo, A. GUAZZAROTTI, *Le contospinte centrifughe nel sindacato di costituzionalità*, 78 ss.; per un quadro d’insieme v., poi, pure *ivi*, E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, 89 ss., e A. NATALE, *Il giudice comune, servitore di più padroni*, 98 ss.]. Nel merito, tuttavia, volendo far luogo ad una valutazione complessiva, la più marcata tendenza appare essere, a mia opinione, la prima, tant’è che su di essa si è maggiormente appuntata l’attenzione

Mi corre l'obbligo di precisare che quanto adesso dirò in estrema sintesi è frutto di una personale qualificazione di talune vicende nel senso appena indicato. Intendo dire che esperienze che ai miei occhi si presentano come devianti dal modello costituzionale ad altri, accreditati studiosi e – ciò che, forse, maggiormente conta – alla giurisprudenza appaiono essere il lineare sviluppo dello stesso, una testimonianza cioè della sua formidabile capacità di adattamento ad esigenze avvertite come particolarmente pressanti che sarebbero venute alla luce nel tempo a noi più vicino. Debbo però al riguardo confessare di faticare a comprendere quali sarebbero i “fatti” nuovi che imporrebbero o, come che sia, giustificerebbero taluni disinvolti *revirements* giurisprudenziali, quale ad es. quello che ha indotto la Consulta a “riaccentrare” – come suol dirsi – presso di sé la cognizione di talune questioni la cui definizione è stata dapprima demandata alla esclusiva competenza dei giudici comuni.

Trattasi, peraltro, di vicende assai note e fatte oggetto di numerosi commenti di vario segno, sì da non richiedersi ora nulla di più di un mero riferimento ad esse fatto, per ciò che si rende necessario a finalità teorico-ricostruttiva. Peraltro, vi si è fatto, in parte, richiamo poc'anzi e, dunque, si può adesso procedere in modo assai spedito nel loro esame.

Per l'aspetto della erosione da parte dei giudici comuni di porzioni consistenti del campo materiale astrattamente rimesso alla coltivazione della Corte costituzionale rileva, soprattutto, la tecnica della interpretazione conforme, sopra già ad altro riguardo menzionata. È vero che non può mai stabilirsi in astratto quando ricorrano le condizioni per farvi luogo né quando il tentativo di riconciliare l'oggetto col parametro sia fatto a modo o, all'opposto, se il percorso interpretativo non risulti lineare e corretto; e perciò, *ex adverso*, se sussistano, o no, le condizioni per investire la Consulta di una questione di costituzionalità.

Una fitta nebbia (per non dire una vera e propria oscurità) avvolge poi tutte le vicende che si svolgono e chiudono presso le aule in cui si amministra la giustizia comune, segnatamente col rigetto delle istanze di parte volte ad adire la Consulta per lo scioglimento di un dubbio di costituzionalità. Quasi tutte le questioni rese note sono, infatti, in buona sostanza quelle che pervengono alla Corte stessa, quale che ne sia poi l'esito. Peraltro, il giudice delle leggi, negli svolgimenti più recenti del suo indirizzo giurisprudenziale, ha temperato talune iniziali asprezze dapprima esibite in merito alla messa in atto da parte dei giudici comuni della interpretazione in parola, in buona sostanza ormai accontentandosi dell'essersi esperito il tentativo di “adeguamento” per via interpretativa della legge a Costituzione, senza che lo stesso sia quindi sottoposto ad un nuovo, *strict scrutiny*³⁴. E l'eventualità dell'errore – come sappiamo – è sempre dietro l'angolo, come peraltro attestano, sul versante delle questioni sollevate, i non pochi casi in cui le stesse siano respinte per inammissibilità, alle volte persino “manifesta”.

di una nutrita schiera di commentatori delle esperienze della giustizia costituzionale, tra i quali AA.VV., *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Seminario del Gruppo di Pisa del 25 ottobre 2019, a cura di G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, nonché AA.VV., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Seminario AIC del 13 novembre 2020, in Federalismi.it, 3/2021, 27 gennaio 2021. Molto importante è, poi, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020.

³⁴ Riferimenti al riguardo in M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme torna a casa?*, in Rivista del Gruppo di Pisa, 3/2019, 30 ottobre 2019, 37 ss.; nella stessa Rivista, v. A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, 5 dicembre 2019, 163 ss., nonché R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”*, 2/2020, 26 maggio 2020, 4 ss., e, dello stesso, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, 72 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in AA.VV., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?*, cit., 161 ss., e, pure *ivi*, l'Editoriale di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, spec. § 2, e S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, 102 ss., che discorre di una “trasfigurazione” del canone interpretativo in parola. Con specifico riguardo alla materia penale, V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino 2019, 49 ss. Quanto, poi, all'indirizzo della giurisprudenza euorunitaria, per una recente messa a punto, v. V. PICCONE, *Primato e pregiudizialità: il ruolo dell'interpretazione conforme*, in AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, a cura di F. Ferraro e C. Iannone, Giappichelli, Torino 2020, 325 ss.

Il quadro risulta, poi, ulteriormente complicato in considerazione del fatto che – come tutti sanno – non si dà un solo “tipo” d’interpretazione conforme ma tre, dovendosi la stessa a un tempo volgersi verso la Costituzione, il diritto internazionale ed il diritto eurounitario. Tre – si badi – in astratto; in concreto, assai numerose sono – come pure è noto – le fonti internazionali e sovranazionali alle quali occorre prestare congiuntamente attenzione, alcune di esse di eterogenea natura (si pensi solo alle Carte dei diritti, con i caratteri che sono loro propri, e ad altre fonti ancora alle prime solo fino ad un certo punto accostabili). Dico “a un tempo”, dal momento che, a mio modo di vedere, è assai arduo argomentare la esistenza di una sorta di “graduatoria” tra le varie specie d’interpretazione conforme, così come invece molti reputano potersi (e doversi) fare in forza di un’anomala (e, a mia opinione, forzata) trasposizione meccanica al piano della teoria della interpretazione di taluni schemi invalsi al piano della teoria delle fonti.

Si dà, ad ogni buon conto, una sorta di meta ideale verso la quale occorre tendere, puntando su di essa con decisione, per ambizioso ed arduo che ne sia poi il conseguimento, in ispecie ogni qual volta siano in gioco questioni coinvolgenti i diritti fondamentali; ed è la stessa individuata da una ormai risalente ed ispirata pronunzia del giudice costituzionale, la [n. 388 del 1999](#), alla quale ho sovente fatto richiamo nelle mie riflessioni in tema di rapporti tra le Corti e di garanzie dei diritti fondamentali, costituita dalla mutua (e – aggiungo – *paritaria*) integrazione delle Carte dei diritti nell’interpretazione. Non v’è dubbio, infatti, che le varie specie d’interpretazione conforme possono non di rado avviarsi lungo itinerari reciprocamente divergenti, se non pure frontalmente contrapposti. L’*optimum* è dato non già dal mero e – vorrei dire – piatto riscontro della insussistenza del conflitto tra le Carte evocate in campo dal caso ma – di più – dal loro reciproco alimentarsi e rigenerarsi nei fatti interpretativi, all’insegna di quello che ai miei occhi appare un autentico “metaprincipio”, siccome posto a base della interpretazione degli stessi principi fondamentali dell’ordinamento, tra i quali quelli di cui agli artt. 2 e 3 della nostra Carta, che danno voce alla “coppia assiologica fondamentale” – come a me piace chiamarla – di libertà ed eguaglianza, ed è il “metaprincipio” della ricerca della massima tutela dei diritti *in ragione della peculiare connotazione di ciascun caso*³⁵.

Insomma, l’interpretazione conforme è sollecitata a prendere forma su un terreno sommamente scivoloso e insidioso, senza che peraltro si disponga di punti sicuri di appoggio dai quali tenersi nel corso del suo attraversamento. Per la verità, uno vi sarebbe, anzi è un punto obbligato per gli operatori del diritto in genere (e, in ispecie, per i giudici), ma esso pure appare gravato da incertezze alle quali gli operatori stessi non possono fino in fondo sottrarsi; ed è dato dal riferimento costante ed attento al c.d. “dialogo” tra le Corti, in ispecie a quello che si intrattiene tra le Corti aventi natura materialmente costituzionale, tra le quali, per ragioni altrove indicate, sono ormai da annoverare anche quelle europee (o, diciamo meglio, con maggior cautela, che *tendono* viepiù a presentarsi come tali), in quanto preposte alla salvaguardia, in forme peculiari e con parimenti peculiarità di effetti,

³⁵ Questa sottolineatura della parte finale del mio pensiero, che in altri luoghi ho giudicato non necessaria, si deve alla circostanza che accreditati studiosi [tra i quali, principalmente R. BIN, che ne ha trattato a più riprese: ad es. e di recente, 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.; *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, cit., 757 ss., spec. 764 e nt. 15; 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., e, da ultimo, in *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, in *Quad. cost.*, 4/2020, 861 ss., spec. 866 ss.] hanno ripetutamente contestato il richiamo da me fatto al “metaprincipio” in parola, nell’assunto che i diritti siano tutti a somma zero, l’appagamento dell’uno comunque comportando un costo per un altro (o per altri). Cosa che, per vero, mai ho contestato nè contesto. Il punto è, però, che ogni vicenda processuale, quale che sia il luogo in cui si svolge e perviene a compimento, fa storia a sé; ed è chiaro (perlomeno così a me pare) che il singolo operatore di giustizia, in presenza di più diritti e interessi in genere costituzionalmente protetti, non può che tendere alla ricerca della loro sintesi ottimale, all’obiettivo cioè di fissare il più in alto possibile il punto della loro definizione e tutela, attingendo allo scopo a quanto di più e di meglio le Carte hanno da offrire per l’appagamento di questo bisogno. Che poi se ne possano avere riflessi per diritti non evocati in campo dal caso, è cosa di cui ovviamente l’operatore stesso non può farsi cura. Non è, ad ogni buon conto, certo un caso che un vigoroso richiamo alla ricerca della massimizzazione della tutela dei diritti e, in genere, dei beni costituzionalmente protetti nel loro fare “sistema” sia in modo insistito venuto dalla Consulta e raccolto dalla più avvertita dottrina.

delle Carte di cui le stesse sono istituzionalmente garanti. È pur vero, poi, che gli stessi giudici comuni non sono meri spettatori bensì protagonisti del “dialogo” in parola, con ruoli che variano da una vicenda processuale all’altra, nondimeno pur sempre di non secondario rilievo³⁶.

Il “dialogo” tra le Corti è, nondimeno, un’arma multiuso: laddove tra le stesse si realizzino significative e ripetute convergenze d’indirizzo, diventa fattore di certezze operative, mentre in caso di divergenze è fattore di disorientamento e persino di vero e proprio conflitto interiore, non essendo alle volte chiaro stabilire a quale voce debba darsi la precedenza. Il “dialogo” può, insomma, prestarsi tanto alla stabilizzazione degli indirizzi quanto al loro incessante rinnovamento.

Accreditati studiosi – è bene non trascurare – hanno nei suoi riguardi manifestato non poche riserve e perplessità, con ogni probabilità in forza del condizionamento subito (alle volte, forse, senza nemmeno che se ne abbia piena avvertenza...) dal mito o dogma della sovranità statale che ne risulterebbe impoverita di quote consistenti della sua antica dotazione per effetto dell’ingresso, in misura crescente ed ormai imponente, in ambito interno di decisioni dei giudici europei alle quali – piaccia o no – è in buona sostanza da riconoscere una forza normativa non meno efficace ed incisiva di quella posseduta dagli atti adottati dagli organi d’indirizzo politico.

Può anche darsi che, in un siffatto modo di vedere le cose, vi sia un fondo di verità, seppur alquanto alterato o, diciamo pure, esasperato. Invito tuttavia a fermare l’attenzione solo su un punto, a mio modo di vedere di cruciale rilievo; ed è che quanto più ne soffre la *sovranità dei poteri* – se così vogliamo chiamarla – tanto più ne guadagna la *sovranità dei valori*³⁷, per il fatto stesso della crescita innegabile che può aversene (e il più delle volte ne ha) il patrimonio dei diritti fondamentali.

Al di là di ciò che nel merito si pensi nei riguardi di questo o quell’orientamento manifestato dall’una o dall’altra Corte in relazione a singole vicende giudiziarie, ciò che maggiormente conta dal mio punto di vista è che il “dialogo” in parola costituisce pur sempre una risorsa preziosa se non altro al fine di evitare che una sola Corte possa assumere di potersi porre al vertice di un’ideale (ma immaginaria) costruzione piramidale sì da conformarsi, in buona sostanza, quale un autentico potere costituente permanente (un potere – si è detto in altri luoghi – mostruoso). E, invero, col fatto stesso di trovarsi obbligata ciascuna Corte a doversi confrontare con le Corti restanti viene a costituirsi un argine, di natura culturale se non pure positiva, che porta naturalmente all’effetto di contenere il rischio che una sola Corte pretenda di somministrare, in sovrana solitudine, le proprie “verità” di diritto costituzionale (e sui diritti costituzionali), imponendole agli operatori restanti ed alla comunità tutta.

È poi vero che le relazioni tra le Corti materialmente costituzionali, sia *inter se* che con i giudici comuni, si connotano pur sempre per una ineliminabile fluidità e mobilità, aprendosi naturalmente ad esiti plurimi ed imprevedibili, comunque refrattari ad essere ingabbiati in schemi di formale fattura.

2.4. Segue: la “doppia pregiudizialità”

Se ne ha palmare conferma sul terreno su cui maturano talune esperienze di cruciale rilievo in relazione alle quali è in corso da tempo un animato dibattito ben lungi dal ricevere una sia pur relativa quiete. Proprio qui si registra, infatti, una delle più salienti testimonianze di quella tendenza al “riaccentramento”, cui si faceva poc’anzi cenno, che – per come io la vedo – trasmoda in una vera e

³⁶ Basti solo tenere a mente, al riguardo, al fatto che sono proprio i giudici comuni a porre le domande relativamente a questioni coinvolgenti beni di rilievo costituzionale (a partire, ovviamente, dai diritti fondamentali) e, una volta ricevute le risposte, a darvi seguito, il quale poi talora comporta l’adozione di scelte di natura discrezionale sommamente delicate e gravide di implicazioni (tali, ad es., sono quelle che conseguono alle pronunzie additive di principio del giudice costituzionale o, quanto alla Corte europea, alle decisioni-pilota). Sulla centralità del ruolo giocato dai giudici comuni ha ripetutamente ed appassionatamente insistito, tra gli altri, R. CONTI, in molti scritti, tra i quali, di recente, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I “volti” della Corte di Cassazione a confronto*, in [Giustizia Insieme](#), 4 marzo 2021.

³⁷ Riprendo ora – come si vede – una nota formula di G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, situandola nondimeno in altro contesto teorico-ricostruttivo.

propria invasione del campo in precedenza dalla stessa Corte delle leggi riconosciuto come esclusivamente coltivabile dai giudici comuni.

Mi riferisco segnatamente alla c.d. “doppia pregiudizialità” attorno alla quale è venuta a formarsi una messe copiosa di contributi di vario segno, che nondimeno perlopiù hanno manifestato adesione all’indirizzo inaugurato da [Corte cost. n. 269 del 2017](#), specie dopo la sua messa a punto ad opera di alcune note pronunzie del 2019 comunemente giudicate volte a temperare alcune asprezze riscontrate nella decisione del [2017](#)³⁸.

Su un solo punto desidero qui soffermarmi in merito alla svolta inaugurata da quest’ultima pronunzia; ed è che per effetto di essa, in disparte la sensibile correzione apportata agli equilibri dapprima faticosamente raggiunti al piano dei rapporti tra gli operatori di giustizia, viene a determinarsi una deroga di non poco momento al disposto di cui all’art. 11 della Carta che, nella lettura ormai da tempo affermata, si pone – come si sa – a “copertura” del primato del diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario sul diritto interno. È chiaro, infatti, che, ove si assuma in premessa che ogni norma sovranazionale dotata dell’attitudine ad essere portata ad immediata applicazione deve subito essere messa in grado di prendere il posto di contrarie norme di diritto interno, se ne ha che venendosi mano a questo preciso impegno prescritto da norme inderogabili dell’Unione, *per ciò stesso*, viene a patirne il principio fondamentale in parola. Ed è interessante notare, sia pure di sfuggita, come il fatto stesso dell’appartenenza (dapprima alle Comunità europee ed ora) all’Unione abbia messo in moto un processo imponente di trasformazioni istituzionali rispetto all’originario disegno delineato nella Carta, non soltanto per il fatto di essersi dato vita ad un motore incessante di produzione giuridica di fonti di forza costituzionale, che debbono la loro esistenza in ambito interno ad una fonte di primo grado³⁹, ma anche – si faccia caso – per il rifacimento operato di accreditate categorie teoriche, a partire da quella concernente le nozioni di competenza e di validità ed il modo di farsi valere laddove risultino disattese.

Giusta, infatti, la premessa secondo cui si dà un riparto di competenze tra Unione e Stati in base ai trattati, è evidente che la sua violazione da parte della legge e degli atti di forza primaria in genere, comportandone la invalidità, parrebbe richiedere il passaggio obbligato del loro annullamento da parte del giudice costituzionale. Checché, infatti, se ne dica in giurisprudenza da *Granital* in avanti⁴⁰, l’incompetenza non può (o, meglio, non *potrebbe*) essere causa di “irrilevanza” della fonte al fine della definizione della controversia, eccezion fatta del caso che il vizio sia di tale gravità da comportare la radicale nullità-inesistenza della fonte stessa⁴¹. Una evenienza, questa, che ad ogni buon conto appare essere sommamente rara, la regola essendo piuttosto quella della invalidità quale causa di mero annullamento dell’atto che ne sia affetto. Qui, però, la messa da canto dell’atto invalido è categoricamente richiesta dal diritto sovranazionale e, per ciò stesso, dall’art. 11 che vi dà “copertura”: non facendovi luogo, l’operatore – ne abbia o no consapevolezza – mette in atto una trasgressione del principio fondamentale in parola⁴². Non si tratta, dunque, di scegliere – per dirla

³⁸ Riferimenti, di recente, nel mio *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l’uso*, in [Federalismi.it](#), 6/2021, 24 febbraio 2021, 211 ss., nel quale ribadisco, con ulteriori svolgimenti argomentativi, un punto di vista critico nei riguardi dell’orientamento dalla Corte già in altri luoghi manifestato; *adde*, ora, R. CONTI, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I “volti” della Corte di Cassazione a confronto*, cit., spec. § 6 ss.

³⁹ ... consumandosi – come si sa – in tal modo uno strappo vistoso nei riguardi della consolidata sistemazione teorica d’ispirazione crisafulliana che non consente alla legge di “inventare” fonti concorrenziali a se stessa e, ovviamente, di grado ancora più elevato.

⁴⁰ Riferimenti alla nota decisione, di recente, in AA.VV., *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. Caruso - F. Medico - A. Morrone, in *Ann. dir. cost.*, Bononia University Press, Bologna 2020.

⁴¹ ... la quale poi – è opportuno rammentare – può essere acclarata da qualunque operatore (tra i quali, ovviamente, il giudice comune), senza che possa (o, comunque, debba di necessità) essere allo scopo investita la Consulta. Anche per quest’aspetto – come si vede – la soluzione del “riaccentramento” predicata dalla 269 in avanti appare esporre il fianco alla critica.

⁴² Ho ripetutamente insistito sul punto, a mia opinione di cruciale rilievo [richiami, di recente, anche in R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra Corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti*

con un'accreditata studiosa⁴³ – tra “l'uovo oggi (la tutela del diritto fondamentale per il singolo caso concreto) alla *gallina domani* (la tutela del diritto fondamentale attuata con l'eliminazione della legge italiana che lo viola)”. Si tratta solo di stabilire, una buona volta, se il principio del primato, che è l'autentico cuore pulsante della costruzione sovranazionale, e l'art. 11 che vi dà “copertura” siano una sorta di *optional* disponibile a piacimento o no. Tutto qui.

Prende, insomma, forma sul terreno delle relazioni interordinamentali in parola una “rottura” della Costituzione, l'art. 11 derogando all'art. 134 Cost. che, senza distinzione di sorta, avoca alla Consulta la cognizione di ogni questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto fonti di primo grado⁴⁴, quale che sia la natura della violazione (diretta o indiretta⁴⁵).

Ebbene, oggi, dopo la [269](#), si torna all'antico, riespandendosi la competenza della Corte delle leggi a giudicare di un numero di questioni che potrebbe rivelarsi non poco consistente, sol che si pensi che il “riaccentramento” è stato patrocinato (spec. a partire da [Corte cost. n. 20 del 2019](#)) non soltanto per i casi in cui sia evocata quale parametro una norma della Carta di Nizza-Strasburgo ma anche in altri in cui rilevino norme sovranazionali a questa (sibillinamente qualificate come) “connesse” e persino – a stare alla lettura datane da attenti studiosi⁴⁶ – norme in genere dell'Unione sostanzialmente coincidenti con norme costituzionali⁴⁷.

La palla, ad ogni buon conto, è nelle mani dei giudici comuni, ai quali la Consulta in caso di “doppia pregiudizialità” rimette la decisione circa la precedenza da accordare all'interpello di questa o quella Corte⁴⁸.

Il vero è che le relazioni interordinamentali sono attraversate da un moto incessante, versano – come dire? – in uno stato perennemente fluido, nell'attesa di una quiete e sia pur relativa stabilità che tardano ad affermarsi e di cui si avverte particolarmente il bisogno proprio in relazione alle questioni coinvolgenti i diritti fondamentali. Ed è appena il caso, in chiusura delle succinte notazioni ora svolte sul punto, di rimarcare ancora una volta come, non attivandosi prontamente il meccanismo dell'applicazione diretta delle norme sovranazionali, *per ciò solo*, ne soffra il principio del primato:

fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 3/2020, 15 novembre 2020, spec. 93, in nt. 66].

⁴³ E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, cit., 94.

⁴⁴ ... e, in punto di astratto diritto, anche fonti di grado superprimario, le quali nondimeno di fatto parrebbero naturalmente sottrarsi al sindacato di costituzionalità, vuoi perché è assai raro immaginare che siano portate alla cognizione della Consulta e vuoi perché quest'ultima comunque, verosimilmente, si tratterà dal caducarle, specie laddove venute alla luce con i più larghi consensi delle forze politiche o avvalorate dal voto popolare, preferendo piuttosto far luogo al loro aggiustamento per via d'interpretazione (emblematica, al riguardo, l'esperienza maturata in relazione al nuovo Titolo V i cui enunciati, in più punti problematicamente conformi ai principi fondamentali della Carta, sono stati – come si sa – in buona sostanza riscritti *ope juris prudentiae*). D'altronde, gli unici disposti di forma costituzionale fatti oggetto di esplicito annullamento sono – come si sa – quelli dello statuto siciliano, venuto alla luce prima dell'avvento della Carta.

⁴⁵ Al meccanismo della interposizione normativa ha, di recente, dedicato accurate riflessioni A. FUSCO, della quale v., spec., *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., e *Il caleidoscopio normativo. La categoria dell'interposizione nell'esperienza del Giudice delle leggi*, in [Quad. cost.](#), 1/2021.

⁴⁶ C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della “doppia pregiudiziale”? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2/2020, 11, e D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 248, nonché, ora, E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, cit., 95.

⁴⁷ Casi tutti, ad ogni buon conto, che – come fa notare la studiosa da ultimo richiamata – “la Corte costituzionale non ha ancora esattamente delimitato”; proprio per ciò, mi permetto di aggiungere, suscettibili di far espandere in misura incontrollabile l'area materiale del sindacato accentrato, con temibili conseguenze per il principio del primato del diritto sovranazionale che – piaccia o no – non può, ad ogni buon conto, fare a meno del meccanismo dell'applicazione diretta.

⁴⁸ Si è tentato da taluno di individuare un criterio idoneo a dare un qualche indirizzo ai giudici circa la via da imboccare con preferenza rispetto all'altra, quale quello che fa leva sul carattere discrezionale o meno dell'attività di produzione normativa posta in essere in ambito interno al fine di dare seguito agli atti dell'Unione. Lo stesso carattere suddetto, però, molte volte non è affatto sicuro, di modo che il rinvio immediato alla Corte dell'Unione può rendersi necessario anche (e specificamente) al fine del suo accertamento [ragguagli sul punto, volendo, nel mio *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l'uso*, cit., 211 ss.].

l'uno è infatti il mezzo conducente al fine, che poi altro non è – com'è chiaro – se non quello di dar modo all'integrazione europea di potersi portare sempre più in avanti. Solo così, infatti, i diritti potranno essere ancora meglio salvaguardati, specie nel tempo presente in cui lo Stato ha dato ripetute e sicure prove della sua inadeguatezza a far fronte a bisogni viepiù impellenti di dimensione pressoché planetaria e, comunque, ben più ampia dei ristretti confini territoriali del passato. La stessa emergenza sanitaria che ad oggi ci affligge ed inquieta, che a tutta prima parrebbe aver sollecitato il recupero di politiche di stampo nazionalista, pressando gli Stati per la chiusura dei loro confini, in realtà viepiù avvalorava l'idea che solo con uno sforzo poderoso, collettivo, prodotto in ambito internazionale e sovranazionale sarà possibile farvi fronte in modo efficace: uno sforzo del quale – è doveroso e doloroso ammettere – non sembra ad oggi aversi riscontro.

2.5. Le alterazioni al piano dei rapporti sia interordinamentali (segnatamente, tra Unione europea e Stati) che intraordinamentali (con riferimento al riparto di materie e funzioni tra Stato e Regioni)

Nulla, poi, ora dirò, in aggiunta ai cenni sopra fatti, per ciò che attiene alle alterazioni del riparto di materie e funzioni quale sommariamente stabilito, sul versante dei rapporti tra Unione e Stati, nei trattati e, quanto ai rapporti tra Stato ed enti territoriali minori, dalla Carta costituzionale (e dagli statuti di speciale autonomia). Mi limito qui solo a far notare che i primi sono oggetto di continuo rifacimento, esprimendo nei fatti i trattati una mediocre *vis* prescrittiva e dipendendo piuttosto l'assetto dei rapporti in parola, in buona sostanza, per un verso, da decisioni politiche concordate dai Governi nazionali (con un ruolo col tempo cresciuto ma ad oggi non particolarmente significativo del Parlamento europeo) e, per un altro verso, da prese di posizione della giurisprudenza sovranazionale che tuttavia, per l'aspetto ora specificamente considerato, non sembra possedere quella capacità di ridefinizione del quadro che invece è obiettivamente da riconoscere in ambito interno alla Corte costituzionale⁴⁹.

Quanto, poi, al riparto delle competenze tra Stato e Regioni, numerose e significative sono le alterazioni subite dal quadro costituzionale, malgrado la opacità e lacunosità di quest'ultimo non incoraggi di certo la prospettazione di soluzioni ricostruttive sicure del modello al fine di poter ad esso quindi riportare i materiali offerti dall'esperienza (che, peraltro, esibisce oscillazioni rilevanti e continue), nel tentativo di stabilire la conformità di questi a quello. Naturalmente, non se ne può ora dire neppure in estrema sintesi; peraltro, si dispone di analisi numerose e di vario segno, nondimeno convergenti nel rilevare la distanza che separa la Costituzione vivente dal figurino disegnato nella Carta. Parrebbe, insomma, che quest'ultima, sia nella sua originaria versione che in quella risultante a seguito del rifacimento del Titolo V operato nel 2001, non riesca ad esprimere – come sin dall'inizio di questa riflessione si è fatto notare – un'autentica *vis* prescrittiva, perlomeno in una misura complessivamente apprezzabile, ma solo una – come dire? – meramente persuasiva. E, inverosimilmente, nell'esperienza, nelle sue più salienti tendenze, manifesta una naturale vocazione a debordare dai pur deboli argini costituzionali, intraprendendo vie tutte sue di sviluppo, peraltro non di rado sull'onda di improvvisati e continuamente cangianti indirizzi delle forze politiche e delle sedi istituzionali in cui esse si incarnano.

Ora, è chiaro che le emergenze concorrono in significativa misura ad accelerare – se così può dirsi – il processo di progressivo distacco dell'esperienza dal modello, senza che peraltro sia chiaro se, una volta cessato lo stato di crisi, sarà davvero poi possibile tornare allo *status quo ante*.

Si pensi solo, per restare all'oggi, al marcato "riaccentramento" di funzioni registratosi nella materia della sanità in conseguenza del diffondersi della pandemia. Ciò che, nondimeno, non ha impedito il fattivo coinvolgimento delle autorità locali, in ispecie di Presidenti di Regione e Sindaci, nella complessa e faticosa gestione dell'emergenza sanitaria. In un clima confuso ed arroventato da plurime ed incrociate *actiones finium regundorum* si è avuta – come si diceva – conferma della

⁴⁹ Su tutto ciò, indicazioni possono aversi dagli scritti di P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, e G. VOSA, dietro citt.

necessità di una disciplina costituzionale relativa alla gestione delle emergenze in genere, in difetto della quale è verosimile attendersi il ripetersi degli inconvenienti già registratisi nella situazione odierna.

3. Le trasformazioni rilevatesi nel corpo sociale e il cruciale rilievo da esse posseduto, nonché dai rimedi necessari al fine della integra trasmissione della società e dell'ordinamento nel tempo

Resta da dire, con la necessaria rapidità, delle trasformazioni manifestatesi in seno al corpo sociale, dalle quali poi principalmente discendono alcune vistose alterazioni della forma di Stato liberal-democratica, ovviamente – com'è chiaro – dotate di ancora maggiore significato e gravide di implicazioni rispetto a quelle incidenti sulla forma di governo, alle quali si è sopra accennato.

A riguardo del fatto che la democrazia sia in crisi credo che ormai non possa esservi dubbio alcuno; ancora di recente, mi è stato dato modo di tornare a riflettere su questa cruciale questione, di vitale importanza per la sopravvivenza dello Stato costituzionale e l'integra trasmissione nel tempo dell'idea di Costituzione consegnataci dai rivoluzionari francesi e mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, rilevando come le liberal-democrazie siano a rischio d'implosione⁵⁰. E il vero è che tutte le forme di democrazia fin qui conosciute (la diretta, la pluralista e, soprattutto, la rappresentativa) sono in affanno e, per l'una o l'altra ragione, si confermano essere inidonee al conseguimento dello scopo per il quale sono state pensate e messe a punto nel corso di una ormai lunga loro sperimentazione nel vecchio come nel nuovo continente.

Al fondo – come si è accennato e si tenterà ora di precisare meglio – in crisi è la società, il cui tessuto è vistosamente sfilacciato senza che peraltro si dia segno alcuno di una possibile inversione di tendenza; piuttosto, parrebbe che la situazione possa viepiù aggravarsi e degenerare.

Emblematica di questo stato di cose appare essere la vicenda dei partiti politici: dapprima luoghi di formazione dei governanti ad ogni livello istituzionale (centrale come locale) e – ciò che maggiormente importa – di progettazione dello sviluppo della società e di elaborazione delle soluzioni adeguate a far fronte ai più pressanti ed avvertiti bisogni; di poi, invece, dimostratisi vistosamente carenti sia per l'uno che per l'altro aspetto. E, poiché istituzioni e società sono come i vasi comunicanti, è evidente che i guasti registratisi nella seconda si proiettano e riflettono immediatamente sulle prime, trasmettendosi alle volte persino in forme ulteriormente aggravate e gravide di negativi effetti.

Istituzioni e società si immettono in un circolo attraversato da un moto interno incessante e viepiù accelerato, che da se medesimo si ricarica esprimendosi in forme continuamente cangianti e, tuttavia, pur sempre segnate da forti tensioni e contraddizioni, delle quali peraltro una spia esteriore ed eloquente è data da un linguaggio diffuso sia nel corpo sociale e sia pure – ahimè – anche in ambienti politico-istituzionali che sovente maschera la esiguità (per non dire, la vera e propria vacuità) dei contenuti con l'aggressione verbale gratuita ed incontrollata, talora persino accompagnata da gesti scomposti. Non è per mero accidente, d'altronde, se specie nel tempo più vicino si è assistito alla crescita e diffusione a macchia d'olio, da noi come altrove⁵¹, di un populismo misto ad un nazionalismo o sovranismo altrove qualificato come becero ed insensato, contraddetto dalla vicenda storica tragicamente sfociata nella seconda grande guerra (con tutto ciò che essa ha rappresentato), senza peraltro dire dei fenomeni, ora striscianti e subdolamente mascherati ed ora invece manifesti

⁵⁰ Così nel mio *La democrazia: una risorsa preziosa e imperdibile ma anche un problema di ardua ed impegnativa soluzione*, in Dirittifondamentali.it, 1/2021, 6 marzo 2021, 325 ss.

⁵¹ Particolarmente istruttivo al riguardo il fenomeno del trumpismo negli Stati Uniti che – è la cosa che deve far pensare – ha peraltro riscosso (e seguita a riscuotere) larghissimi consensi, persino dopo che l'uomo-simbolo cui si deve il nome ha fatto luogo ad inopinate dichiarazioni da cui ha preso l'avvio l'occupazione del Campidoglio da parte di un gruppo di facinorosi [sul trumpismo, v., almeno, i contributi ospitati dal forum di Dpceonline sull'Osservatorio sulla Presidenza Trump, e D.L. KRINER, *Trump, Populism and the Resilience of the American Constitutional System*, in Costituzionalismo.it, 3/2020, 8 gennaio 2021, 44 ss.].

alla luce del sole, del razzismo o del sessismo, che ormai pressoché quotidianamente si traduce in una *escalation* incontrollabile di femminicidi.

Non dirò, ora, nuovamente, dopo averne detto altrove, se sia realistico ovvero illusorio attendersi una possibile sterzata o, quanto meno, un rallentamento di tutte queste tendenze che parrebbero invero svolgersi lungo una china – temo – inarrestabile. In altri luoghi di riflessione scientifica, mi sono dichiarato dell'idea, cui qui pure ho riservato un rapido cenno, che occorra comunque dar vita ad interventi correttivi decisi simultaneamente ad entrambi i piani, istituzionale e sociale, proprio per il loro essere legati l'uno all'altro a mo' di anelli di un'unica catena; e che occorra farvi luogo a tutto campo: a quello delle *regole* come pure all'altro delle *regolarità* della politica e delle dinamiche sociali in genere, nell'intento di far convergere – fin dove possibile – modello ed esperienza, se non pure centrare l'ambizioso obiettivo della loro piena ed armonica ricongiunzione e riconciliazione⁵².

Nessun angolo, fosse pure il più recondito, sia dell'apparato istituzionale e sia del tessuto sociale può restare escluso dall'opera di rifacimento e di rigenerazione all'insegna dei valori fondamentali della Repubblica. Sarebbe, dunque, un grave errore, frutto di miopia (per non dire, di vera e propria cecità), fermarsi ai soli ingranaggi dell'apparato, circoscrivendo perciò l'opera suddetta alla sola parte organizzativa della Carta, laddove si avverte, in primo luogo, il bisogno di porre mano ad un opportuno, vigilato, aggiornamento della parte sostantiva, senza peraltro trascurare gli stessi principi fondamentali.

Da tempo mi interrogo, senza riuscire a darmi una persuasiva risposta, attorno alle ragioni che hanno fin qui impedito, ad es., di integrare l'art. 9 della Carta, facendovi menzione altresì della salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema (una innovazione, questa, come si sa, da tempo prospettata ma chissà perché non coronata da successo), o l'art. 11, col doveroso richiamo a quella conquista giurisprudenziale e dottrinale ormai indiscussa che è data dalla “copertura” da esso assicurata al diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, magari – perché no? – dando nuova linfa e spinta al processo d'integrazione sovranazionale, o, ancora, l'art. 3, col riferimento alla condizione delle persone di orientamento omosessuale; e così via dicendo.

L'opportunità dell'aggiornamento della prima parte, poi, specificamente per ciò che attiene al riconoscimento di nuovi diritti fondamentali, rinviene giustificazione nel bisogno di non rimettersi al riguardo esclusivamente ai giudici, i cui indirizzi restano fatalmente legati ai casi ed alle loro occasionali esigenze e, perciò, risultano connotati da continue e non di rado vistose oscillazioni. Di contro, è necessario dotare la Carta di basi ancora più solide, quali possono essere apprestate da una vigilata disciplina positiva, ad ogni buon conto caratterizzata – conformemente alla natura del dettato costituzionale ed alla struttura nomologica degli enunciati di cui si compone – da essenzialità di disposti, sì da non soffocare poi i suoi opportuni svolgimenti sia normativi (in ispecie, a mezzo di leggi comuni) che giurisprudenziali ed anzi di ulteriormente promuoverne l'affermazione.

Insomma, come mi è venuto di dire in altre occasioni, *la malizia del potere si combatte anche (seppur, chiaramente, non solo) con la malizia della Costituzione*, dotando cioè quest'ultima di disposti *temporis razione* adeguati e nondimeno – come si è venuti dicendo – pur sempre rispettosi dei caratteri propri degli enunciati costituzionali, per loro indeclinabile vocazione aperti all'esperienza, alle sue più marcate tendenze, ai bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale.

Ebbene, in questo contesto che, visto nel suo insieme, di certo non incoraggia all'ottimismo, non poche né lievi responsabilità ricadono sugli uomini di cultura e su quanti a vario titolo sono impegnati nella formazione ed educazione dei giovani, a partire proprio da quelli delle scuole di base⁵³.

⁵² Maggiori ragguagli, volendo, oltre che nel mio scritto da ultimo richiamato, nel mio [Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica](#), in questa [Rivista](#), 2021/I, 124 ss.

⁵³ Un fermo richiamo in tal senso è di recente venuto da A. CORBINO, *La democrazia divenuta problema. Città, cittadini e governo nelle pratiche del nostro tempo*, Eurilink University Press, Roma 2020, dal cui ho pensiero ho tratto spunti teorico-ricostruttivi di particolare interesse che mi sono sforzato di porre a frutto nel mio *La democrazia: una risorsa preziosa e imperdibile ma anche un problema di ardua ed impegnativa soluzione*, cit.

È, questo, un autentico nervo scoperto e dolente, un punto che mi sta particolarmente a cuore ed è per me – confesso – motivo di non poco disagio e vera e propria inquietudine e sofferenza, alimentando quel senso di colpa di cui dicevo all’inizio di questa riflessione. Non a caso, vi ho fatto, ancora di recente, riferimento e torno ora a trattarne, sia pure con la rapidità imposta a questo studio. Mi preme infatti dire chiaro e tondo che a poco o a nulla giovano pur accurati interventi correttivi circoscritti al solo piano istituzionale, quali quelli ai quali si è sopra fatto cenno, laddove non accompagnati e sorretti da altri bisognosi di radicarsi nel profondo del corpo sociale.

Si accennava poc’anzi alle carenze della formazione degli operatori politici in seno ai partiti; è, però, chiaro che il nodo del problema sta nella formazione culturale di base, diffusa nella società, che vede in prima linea impegnato il mondo della scuola, di ogni ordine e grado: da quella preposta alla istruzione primaria fino alle sedi della compiuta maturazione universitaria e post-universitaria. È, poi, di tutta evidenza che anche fuori della scuola, in ispecie nella famiglia e quindi in altre formazioni sociali nelle quali parimenti gli individui si riuniscono al fine della loro crescita e realizzazione, occorre far luogo ai necessari interventi di ricucitura di un tessuto sociale segnato da vistose tensioni e non rimosse contraddizioni⁵⁴. La scuola, però, seguita ad occupare centralità di posto in questo disegno, per ambizioso che sia, di rigenerazione collettiva all’insegna dell’etica pubblica riconosciuta nella Carta repubblicana.

Come si vede, l’obiettivo finale si porta ben oltre il pur vasto ambito evocato dal titolo dato a questa riflessione, che parrebbe fare esclusivo riferimento alle istituzioni ed alle loro trasformazioni. È nondimeno necessario avere piena avvertenza del fatto che la stessa Costituzione, con il disegno in essa sommariamente delineato della società e dello Stato, è solo una parte, di centrale rilievo, del quadro complessivo in cui s’inscrive ed opera e che, perciò, qualora ci si fermasse solo a circoscritti aggiustamenti, ancora peggio poi se limitati ad un mero e superficiale *maquillage*, i nodi resterebbero non sciolti ed anzi si stringerebbero in modo sempre più fitto, ed esattamente come un male particolarmente diffusivo ed aggressivo finirebbero alla lunga con l’avvolgere e soffocare l’intera società, pregiudicandone lo sviluppo e l’integra trasmissione nel tempo.

⁵⁴ Si pensi solo, per restare ancora una volta all’oggi, all’altalenante vicenda del principio di solidarietà, da alcuni (e, tra questi, in ispecie il personale sanitario, impegnato in prima linea nel far fronte alla pandemia) testimoniato in modo fulgido, anche col personale sacrificio della vita, e da altri purtroppo vilipeso (francamente meschina la corsa all’accaparramento del vaccino da parte di alcune corporazioni o da singoli, pronti a ricorrere a qualunque mezzo pur di non mettersi in coda ed attendere doverosamente il proprio turno).

Giacomo Menegatto*

**Ancora sul semestre bianco e sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica,
a 130 anni dalla nascita di Antonio Segni***

ABSTRACT: *This paper, taking inspiration from a recent statement by President Sergio Mattarella, focuses on the memorable message President Antonio Segni sent to the Chambers in 1963, hoping for a constitutional review based on the introduction of an expressed non-re-eligibility clause for the President of the Republic and on the abolition of the so-called “white semester”. The essay, analyzing, firstly, the Constituent Assembly debate, the content of the various reform bills and the main doctrinal opinions on the theme, then aims to investigate the opportunity, nowadays, of a relaunch of these proposals, through the modification of the articles 85 and 88 of the Italian Constitution.*

SOMMARIO: 1. 16 settembre 1963: il Messaggio alle Camere del Presidente Antonio Segni. – 2. Segni, Washington, Cincinnati. – 3. La rieleggibilità del Presidente della Repubblica e il semestre bianco nei lavori dell’Assemblea Costituente. – 4. L’auspicio di Segni e le relative proposte di revisione costituzionale. – 5. Il vivo dibattito dottrinale sviluppatosi a seguito dell’intervento del Presidente Segni: gli “Incontri” di “Rassegna parlamentare”. – 6. Eventi, attualità e prospettive: per una soluzione intermedia. – 7. Considerazioni conclusive.

1. 16 settembre 1963: il Messaggio alle Camere del Presidente Antonio Segni.

Lo scorso 2 febbraio, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella ha rilasciato una dichiarazione¹ in occasione del 130° anniversario della nascita di Antonio Segni, che ricoprì, come è noto, la carica di Capo dello Stato soltanto per un biennio, dal 1962 al 1964, prima di essere costretto alle dimissioni a causa del presentarsi di una grave malattia².

La stampa nazionale ha dato prova di nutrire un vivo interesse nei riguardi dell’esternazione testé citata, in ragione del fatto che il Presidente Mattarella, nel rievocare la figura del predecessore e nel celebrarne la levatura umana, politica e istituzionale³, ha menzionato un significativo passaggio di un

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ S. MATTARELLA, *Dichiarazione del Presidente Mattarella in occasione dei 130 anni dalla nascita di Antonio Segni*, 2 febbraio 2021. Il testo integrale della dichiarazione del Presidente della Repubblica è rinvenibile nel [sito ufficiale del Quirinale](#). Questo l’esordio del messaggio commemorativo: «Ricorrono centotrenta anni dalla nascita di Antonio Segni, personalità politica eminente nell’Italia della riconquistata libertà e della costruzione democratica, uomo tenace, eletto Presidente della Repubblica nel maggio 1962 per un mandato che, a causa di una grave e improvvisa malattia, venne interrotto dopo poco più di due anni e mezzo».

² Per quanto concerne i profili biografici di Antonio Segni, nonché la narrazione e l’analisi delle fasi e dei caratteri della sua presidenza, occorre rinviare a S. MURA, *Antonio Segni. La politica e le istituzioni*, Bologna, 2017, nonché ID., *Antonio Segni*, in AA.VV., *I Presidenti della Repubblica. Il Capo dello Stato e il Quirinale nella storia della democrazia italiana*, a cura di S. Cassese, G. Galasso, A. Melloni, Bologna, 2018, 195 ss.; e G. MAMMARELLA - P. CACACE, *Segni, il sigillo moderato su un mandato interrotto (1962-1964)*, in *Il Quirinale. Storia politica e istituzionale da De Nicola a Napolitano*, Roma-Bari, 2011, 90 ss. Per un volume biografico coevo, A. DE MONTE, *Antonio Segni. Una vita per lo Stato*, Roma, 1965; per un approfondimento in merito all’elezione, N. VALENTINO, *L’elezione di Segni*, Milano, 1963. Infine, non si può non rinviare alla viva voce del Presidente stesso, nel significativo A. SEGNI, *Diario (1956-1964)*, a cura di S. Mura, Bologna, 2012.

³ Ha ricordato, infatti, S. MATTARELLA, *Dichiarazione del Presidente Mattarella in occasione dei 130 anni dalla nascita di Antonio Segni*, cit.: «Esercitò sempre e sino in fondo le prerogative a lui attribuite dalla Costituzione, inaugurando, per la prima volta, la facoltà di indirizzare messaggi presidenziali al Parlamento secondo quanto previsto dall’art. 87. In occasione dell’avvio della IV legislatura repubblicana, il presidente Segni ritenne infatti di segnalare l’opportunità di intervenire sui meccanismi di elezione e nomina dei giudici costituzionali al fine di evitare quelli che definiva ‘inconvenienti’ nella durata dei mandati, per assicurare,

messaggio che Segni rese alle Camere, ai sensi dell'art. 87, 2° comma, Cost.⁴, il 16 settembre 1963⁵. Si trattava, in particolare, del Messaggio che l'allora Presidente della Repubblica aveva deciso di indirizzare al Parlamento, in occasione dell'inaugurazione della IV Legislatura e a quindici anni dall'entrata in vigore della Carta fondamentale, al fine di metterne in luce «qualche manchevolezza» e gli «inconvenienti che ne derivano»⁶, onde sollecitare il Legislatore a porvi prontamente rimedio, nella prospettiva di incentivare «lo sviluppo democratico del Paese»⁷.

Tali «inconvenienti» vennero ravvisati, specialmente, in relazione al mandato (e ai meccanismi di nomina) dei Giudici della Corte costituzionale⁸ e a quello dello stesso Presidente della Repubblica.

invece, una certa continuità nella composizione del collegio e il Parlamento, pochi anni dopo, diede seguito a questa prima esortazione».

⁴ Come ricordato dal Presidente Mattarella, fu proprio Antonio Segni ad avvalersi, per la prima volta, di quanto previsto dall'art. 87, comma 2, Cost., stando al quale il Presidente della Repubblica «Può inviare messaggi alle Camere». Sul punto, v., in generale, CAMERA DEI DEPUTATI - SERVIZIO STUDI, *I messaggi del Presidente della Repubblica a norma dell'art. 87, secondo comma, della Costituzione. Precedenti parlamentari*, Camera dei deputati, Roma, 2002, oltre che M. DOGLIANI, *Il "potere di esternazione" del Presidente della Repubblica*, in AA.VV., *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bologna, 1997, 221 ss.

⁵ A. SEGNI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, Camera dei deputati, *Documenti - Disegni di legge e relazioni*, doc. XII, n. 1, IV Legislatura, 16 settembre 1963.

In merito a questo primo Messaggio alle Camere, v. S. MURA, *Antonio Segni*, in AA.VV., *I Presidenti della Repubblica*, cit., 215-217, che ricorda: «Antonio Segni preparò con largo anticipo e particolare accuratezza il messaggio che inviò al Parlamento il 18 settembre 1963. Anche se il suo intervento destò una certa sorpresa, perché in effetti non era mai accaduto prima che il capo dello Stato indirizzasse alle camere una serie di proposte per modificare la Costituzione (...), non si trattò di un'operazione che egli portò avanti in solitario. Consultò autorevoli giuristi e ricevette molti incoraggiamenti, ma cercò di tenere all'oscuro sino all'ultimo i leader dei partiti e dei gruppi parlamentari. Lo mosse, soprattutto, l'intenzione di rafforzare le istituzioni statali, mettendole al riparo il più possibile dai calcoli personali e dalle forzature dei partiti e delle maggioranze parlamentari. Nello specifico l'obiettivo era di perfezionare la Costituzione attraverso un intervento chirurgico su alcuni articoli dedicati al presidente della Repubblica e alla Corte costituzionale». Tra i giuristi consultati da Segni in quell'occasione, anche Leopoldo Elia, che si espresse con particolare cautela relativamente alla sollecitazione del Presidente della Repubblica: «si tratterebbe di approfondire tra studiosi qualificati alcuni aspetti della Costituzione, anche al fine di una eventuale revisione (...). A mio giudizio, si può rispondere lodando e incoraggiando lo studio per l'interpretazione e l'attuazione dei punti più controversi del testo costituzionale; sfumerei invece ogni accenno alla revisione» (ivi, 215; e, più specificamente, *Archivio Antonio Segni - b. Presidente della Repubblica*, fasc. 2907, lettera di Leopoldo Elia ad Antonio Segni, 28 gennaio 1963).

⁶ A. SEGNI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, cit., 3.

⁷ A. SEGNI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, cit., 6.

⁸ Più in particolare, il Presidente Segni propose al Parlamento di «ritornare sostanzialmente al sistema dell'articolo 135 della Costituzione, abrogando l'articolo 4 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, l'ultimo comma della disposizione transitoria VII, e modificando il comma 4 dell'articolo 135 della Costituzione, con lo stabilire che i giudici sono nominati per dodici anni e non sono immediatamente rieleggibili; che per ciascun giudice il dodicennio decorre dal giorno del giuramento; ed altresì che i giudici nominati dal Presidente della Repubblica non possono essere immediatamente confermati». Inoltre, rilevò che «al fine di assicurare maggior prestigio alla Corte, pare necessaria una norma relativa all'elezione dei giudici da parte delle supreme magistrature», dal momento che «l'art. 135 Cost. dispone che cinque dei giudici della Corte sono eletti «dalle supreme magistrature»: ma nessuna disposizione è stata dettata per la elezione dei giudici di estrazione giurisdizionale». Così, segnalò l'opportunità di «disporre che, nel caso di mancato raggiungimento, al primo scrutinio, di un certo numero di voti pari alla maggioranza assoluta dei componenti il collegio, si proceda a votazione di ballottaggio tra i due candidati che abbiano riportato il maggior numero dei voti». E così concluse, con una notazione di valenza generale: «La Corte ha degnamente assolto il compito suo: spetta agli altri organi dello Stato operare affinché la Corte diventi sempre più il centro vivo del nostro ordinamento costituzionale, e a tal fine assicurarne sempre meglio l'indipendenza, e garantire la scelta dei giudici» (così, A. SEGNI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, cit., 4-5).

Proprio con riguardo a quest'ultimo aspetto, Antonio Segni ebbe modo di riflettere (*rectius*: di stimolare la riflessione, in seno al Parlamento, attorno al tema *de quo*) sull'opportunità dell'inserimento, all'interno dell'ordito costituzionale, del principio di non immediata rieleggibilità del Capo dello Stato e sulla conseguente non necessarietà del mantenimento dell'istituto del semestre bianco, che, come è noto, impedisce al Presidente della Repubblica di esercitare la prerogativa dello scioglimento anticipato delle Camere nel corso degli ultimi sei mesi del proprio mandato, salvo che questi coincidano, in tutto o in parte, con gli ultimi sei mesi della legislatura (così, il capoverso dell'art. 88 Cost., come modificato a seguito della novella del 1991).

Ebbene, proprio a tal riguardo, Antonio Segni volle mettere in luce che «La nostra Costituzione non ha creduto di stabilire il principio della non immediata rieleggibilità del Presidente della Repubblica, ma (...) sembra opportuno che tale principio sia introdotto nella Costituzione, essendo il periodo di sette anni sufficiente a garantire una continuità nell'azione dello Stato». Sottolineò come una tale innovazione potesse essere funzionale ad «eliminare qualunque, sia pure ingiusto, sospetto che qualche atto del Capo dello Stato sia compiuto al fine di favorirne la rielezione», traendone le seguenti conclusioni: «Una volta disposta la non rieleggibilità del Presidente, si potrà anche abrogare la disposizione dell'art. 88 comma 2 della Costituzione (...)», la quale, secondo la prospettazione di Segni, «altera il difficile e delicato equilibrio tra i poteri dello Stato, e può far scattare la sospensione del potere di scioglimento delle Camere in un momento politico tale da determinare gravi effetti»⁹.

Affermazioni, queste, che, pur risalenti a quasi mezzo secolo fa, si rivelano ancora attualissime, *in primis* per il fatto che gli auspici del Presidente Segni circa l'inserimento di una clausola di non rieleggibilità del Capo dello Stato non sono stati – *medio tempore* – accolti dal Legislatore¹⁰, tant'è vero che, nel 2013, un Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, è stato riconfermato nel suo ruolo per la prima volta nella storia repubblicana; in secondo luogo, proprio perché a queste esternazioni è tornato a far riferimento, come si è visto poc'anzi, l'attuale Capo dello Stato, Sergio Mattarella, in relazione al quale il semestre bianco scatterà all'inizio del prossimo mese di luglio¹¹, in un periodo storico particolarmente delicato per il nostro Paese, che richiede risposte concrete, rapide ed efficaci sul piano del superamento della pandemia, dell'organizzazione della campagna vaccinale e della gestione dell'ingente quantità di risorse finanziarie provenienti dall'Unione europea.

Si impone, allora, a 130 anni dalla nascita di Antonio Segni e a quasi cinquanta da quel Messaggio rivolto al Parlamento, l'opportunità di ritornare sull'istituto del semestre bianco e sui caratteri del mandato presidenziale, al fine di svolgere una breve riflessione circa la perdurante validità di quelle parole.

⁹ A. SEGNI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, cit., 6.

¹⁰ Cfr., sul punto, D. GALLIANI, *I sette anni di Napolitano. Evoluzione politico-costituzionale della Presidenza della Repubblica*, Milano, 2012, 53, il quale, a proposito delle conseguenze del Messaggio alle Camere di Antonio Segni, rilevò che «Il Parlamento prese forse la decisione migliore, almeno quella che più avrebbe potuto garantirlo. Non dibatté in alcun modo sul messaggio, troppo preoccupato del fatto che, se lo avesse fatto, avrebbe dato ancor più legittimazione al Capo dello Stato che iniziava a essere percepito invasivo di attribuzioni che per Costituzione spettavano al solo Parlamento. Sarà anche stata una sorta di sgarbo istituzionale, tuttavia, era più importante tutelare il Parlamento dinanzi all'interventismo presidenziale».

¹¹ Molto ne ha parlato la stampa nazionale, attribuendo alla commemorazione del predecessore operata dal Presidente Mattarella le più disparate interpretazioni: v., ad esempio, C. VECCHIO, *Mattarella ricorda il presidente Segni: "Meglio la non rieleggibilità che il semestre bianco"*, in [la Repubblica](#), 2 febbraio 2021 («Non contate su di me per una rielezione al Quirinale tra un anno, è il messaggio che Sergio Mattarella lancia ai partiti nel giorno decisivo della crisi. Il Presidente oggi ha voluto ricordare Antonio Segni, nei 130 anni dalla nascita»); S. SOTGIU, *Mattarella non concede il bis e archivia il semestre bianco*, in [formiche](#), 2 febbraio 2021 («In occasione dei 130 anni dalla nascita di Antonio Segni, Mattarella manda due messaggi alle forze politiche: chi stesse immaginando una sua rielezione nel 2022 metta da parte la fantasia e, secondo messaggio, il semestre bianco si avvicina e andrebbe riformato»); M. CONTI, *"Via il semestre bianco" e Mattarella dice no al bis*, in [Il Gazzettino](#), 3 febbraio 2021; *Bis al Quirinale? Mattarella ricorda Segni e la sua proposta sulla "non rieleggibilità del presidente della Repubblica"*, in [il Fatto Quotidiano](#), 2 febbraio 2021.

2. Segni, Washington, Cincinnato.

In esordio delle sue esternazioni relative al mandato del Presidente della Repubblica, così come risulta conformato dalla Costituzione italiana, Antonio Segni, dopo aver operato qualche cenno all'esperienza francese e a quella tedesca, dedicò più di una riga al paradigma costituzionale statunitense, rievocando – evidentemente, alla stregua di modello da seguire anche nell'ambito dell'ordinamento italiano – la figura di George Washington, che, «con un messaggio memorabile per l'onestà ed elevatezza del pensiero e per il commovente spirito di dedizione alla sua Patria, non volle accettare, per la terza volta, la candidatura alla presidenza degli Stati Uniti»¹². Inoltre, si riferì alla prassi (costantemente rispettata sino alla presidenza di Franklin Delano Roosevelt, eletto per quattro mandati consecutivi, e successivamente positivizzata, nel 1951, in seno al 22° emendamento della Costituzione¹³) della non rieleggibilità, a seguito di due quadrienni, del Presidente, in termini di «nobile consuetudine», volta a contemperare l'esigenza di «stabilità dell'esecutivo» con «la necessità che vi sia un rinnovamento, a non grandi intervalli, nella persona che riveste la funzione di Capo dello Stato»¹⁴.

È ben noto, infatti, che proprio il primo Presidente degli Stati Uniti, in apertura del suo celeberrimo discorso d'addio¹⁵, annunciò ai propri concittadini che il momento di celebrare nuove elezioni era giunto, manifestando altresì la ferma intenzione di non far parte della rosa di candidati tra i quali i cittadini medesimi sarebbero stati chiamati ad esprimere il proprio voto: «*to return to that retirement, from which I had been reluctantly drawn*», ossia «allo scopo di far ritorno a quella condizione di privato cittadino, dalla quale sono stato forzatamente distolto»¹⁶. Si trattò, senz'altro, di una scelta audace, nonché rivelatrice di un elevatissimo senso delle istituzioni, specie a fronte della circostanza che i più influenti pensatori dell'epoca, come ha ricordato lo stesso Antonio Segni, sostennero

¹² A. SEGNI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, cit., 5.

¹³ L'emendamento fu proposto nel 1947 (a due anni dalla morte – all'inizio del suo quarto mandato presidenziale – di Franklin Delano Roosevelt) e definitivamente approvato nel 1951. Questo il testo dell'emendamento, sezione I: «*No person shall be elected to the office of the President more than twice, and no person who has held the office of President, or acted as President, for more than two years of a term to which some other person was elected President shall be elected to the office of the President more than once. But this Article shall not apply to any person holding the office of President when this Article was proposed by the Congress, and shall not prevent any person who may be holding the office of President, or acting as President, during the term within which this Article becomes operative from holding the office of President or acting as President during the remainder of such term*». Come si vede, è possibile che il Presidente resti in carica per un periodo massimo di dieci anni, dal momento che il Vicepresidente che sia divenuto Presidente nel corso degli ultimi due anni del mandato del predecessore, potrà poi, a sua volta, essere eletto per altri due mandati di quattro anni ciascuno (così, per esempio, se il Presidente Lyndon Johnson – succeduto a John Fitzgerald Kennedy nell'ultimo anno del mandato di quest'ultimo – avesse accettato di ricandidarsi alle elezioni presidenziali del 1968 e fosse risultato vincitore, avrebbe governato per un totale di nove anni).

¹⁴ A. SEGNI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, cit., 5.

¹⁵ Si tratta del *Farewell Address* del 19 settembre 1796.

¹⁶ L'espressione è tratta dall'esordio del discorso testé citato, che vale la pena di riportare nei suoi passaggi più significativi: «*The period for a new election of a citizen, to administer the executive government of the United States, being not far distant, and the time actually arrived, when your thoughts must be employed designating the person, who is to be clothed with that important trust, it appears to me proper, especially as it may conduce to a more distinct expression of the public voice, that I should now apprize you of the resolution I have formed, to decline being considered among the number of those out of whom a choice is to be made. (...) The acceptance of, and continuance hitherto in, the office to which your suffrages have twice called me, have been a uniform sacrifice of inclination to the opinion of duty, and to a deference for what appeared to be your desire. I constantly hoped that it would have been much earlier in my power, consistently with motives, which I was not at liberty to disregard, to return to that retirement, from which I had been reluctantly drawn*».

convintamente, al contrario, «la convenienza della continuità dell'esecutivo, e quindi della rielegibilità del Presidente»¹⁷.

Il riferimento, naturalmente, è ad Alexander Hamilton, che nel celebre trattato *The Federalist* si espresse favorevolmente nei confronti della rielezione del Presidente degli Stati Uniti – qualificando quest'ultima opzione come «necessaria per permettere al popolo di confermare il presidente (...), così da prolungare i benefici che derivano dal suo talento e dalle sue virtù» –, definendo, al contrario, del tutto infondata, nonché particolarmente nociva per il buon funzionamento del sistema istituzionale americano, la «proposta di mantenere il presidente in carica per un certo lasso di tempo, e poi escluderlo per un periodo limitato, o per sempre»¹⁸.

Ma George Washington, al pari di altri Padri fondatori americani, invece di prestare ascolto a tali teorizzazioni, preferì trarre diretta ispirazione, innanzi tutto, dal modello costituzionale della *res publica* di Roma antica e dall'esempio delle figure che ne hanno resa gloriosa la storia¹⁹. Sicuramente emblematica ai suoi occhi – considerato il tenore della scelta operata –, dovette apparire la figura di Lucio Quinzio Cincinnato, nominato *dictator* nel 458 a.C., il quale, dopo aver tratto in salvo la repubblica minacciata dall'assedio degli Equi e dei Volsci, depose la carica affidatagli e fece ritorno alle proprie occupazioni campestri²⁰ (celeberrima l'immagine dell'eroe mentre restituisce i fasci, simbolo del potere supremo, per riprendere l'aratro temporaneamente dismesso). Ed è proprio perché affascinati da narrazioni di questo tenore, che i *Founding Fathers* giunsero a costruire – dapprima in via di prassi, rigorosamente osservata sino alla prima metà del XX secolo – un sistema imperniato su «brevità della carica ed effettiva alternanza delle persone ai vertici dell'amministrazione»²¹.

Del resto, di questo avviso erano stati – prima dell'avvento della Rivoluzione americana (più precisamente, tra il 1720 e il 1725) – John Trenchard e Thomas Gordon, i quali, nelle fortunatissime *Cato's Letters*, lodavano il costume degli antichi Romani²² di preservare «la propria libertà limitando la durata e il potere dei magistrati e chiamandoli a rispondere, una volta cessato il mandato, per il loro comportamento al potere»²³, sino ad arrivare a definire l'«alternanza del potere e delle cariche» come «assolutamente necessaria a un governo libero»²⁴.

¹⁷ A. SEGNI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, cit., 5.

¹⁸ A. HAMILTON, *Il Federalista* n. 72, 19 marzo 1788, in A. HAMILTON - J. JAY - J. MADISON, *Il Federalista*, a cura di G. Sacerdoti Mariani, Torino, 1997, 368-369. In particolare, Hamilton elenca ben cinque conseguenze negative del principio di esclusione, così riassumibili, con le sue stesse parole: 1) «verrebbero meno le motivazioni per comportarsi bene», dal momento che «Poche sarebbero le persone disposte a svolgere i propri compiti con zelo, se sapessero che i vantaggi, derivanti da quella carica, devono essere abbandonati a un certo momento»; 2) «la tentazione di abbandonarsi a sordidi progetti, appropriazioni indebite e, talvolta, ad arbitri», allo scopo di «procurarsi un raccolto tanto abbondante quanto è fugace»; 3) «la comunità verrebbe privata dei vantaggi offerti dall'esperienza che il presidente potrebbe avere acquisito nell'esercizio delle sue funzioni»; 4) «certe persone verrebbero escluse proprio da quelle cariche dove la loro presenza, in determinate situazioni di emergenza del paese, sarebbe importantissima per l'interesse e la salvezza della comunità»; 5) tale esclusione «assumerebbe il significato di una sorta di ostacolo costituzionale alla stabilità governativa».

¹⁹ Cfr., a tal riguardo, AA.VV., *L'eredità di Roma nella rivoluzione americana. Ideali e civiltà italiana nella formazione degli Stati Uniti*, Torino, 1995.

²⁰ Si veda, a questo proposito, U. VINCENTI, *Ius Publicum. Storia e fortuna delle istituzioni pubbliche di Roma antica*, Napoli, 2018, 251-252. Tra le altre cose, egli ricorda che «Nel maggio del 1783 venne addirittura fondata negli Stati Uniti, per iniziativa di uno dei generali di Washington, la Società dei Cincinnati, con varie filiali, ubicate anche in Francia: un'associazione politica tutt'ora esistente, ispirata ai valori incarnati da quell'antico e morigeratissimo eroe romano; e in onore della quale nel 1790 fu battezzata la città di Cincinnati in Ohio».

²¹ U. VINCENTI, *Ius Publicum*, cit., 256.

²² È opportuno, ancora una volta, rinviare alla trattazione di U. VINCENTI, *Ius Publicum*, cit., 226-227, secondo il quale le *Cato's Letters* «sono espressione degli ideali di libertà cittadina e di buon governo quali si trovano negli scrittori romani che hanno ispirato, anche in epoca moderna, la teoria repubblicana di governo».

²³ J. TRENCHARD - T. GORDON, *Cato's Letters*, a cura di C. Lottieri, Macerata, 1997, 80.

²⁴ J. TRENCHARD - T. GORDON, *Cato's Letters*, cit., 46.

Le parole che Antonio Segni rivolse alle Camere, allora, sembrano porsi nel solco di questa lunga tradizione, che, non a caso, venne espressamente menzionata dall'allora Presidente della Repubblica, a sostegno del proprio auspicio dell'introduzione, all'interno della Costituzione, del principio di non rieleggibilità del Capo dello Stato, correlata all'obliterazione del semestre bianco.

3. La rieleggibilità del Presidente della Repubblica e il semestre bianco nei lavori dell'Assemblea Costituente.

Il contenuto del Messaggio che Antonio Segni rivolse alle Camere nel 1963 non doveva suonare nuovo ad almeno alcuni di coloro che, in quel momento, sedevano in Parlamento come Deputati e come Senatori (si pensi, tra gli altri, ad Aldo Moro, a Palmiro Togliatti, ad Edgardo Lami Starnuti, a Renzo Laconi, a Paolo Rossi, tutti parlamentari nel corso della IV Legislatura²⁵). Infatti, già in Assemblea Costituente si era discusso circa l'opportunità o meno dell'introduzione nella Legge fondamentale di una clausola di non rieleggibilità del Presidente della Repubblica; discussione, quest'ultima, che, per ovvie ragioni, non poteva non intrecciarsi strettamente con quella relativa alla durata della carica del Capo dello Stato.

Infatti, già nel corso dei lavori in Commissione²⁶, si erano confrontate, com'è noto, dapprima, le posizioni di Egidio Tosato e di Edgardo Lami Starnuti; quindi, quelle di Palmiro Togliatti e di Aldo Moro.

Così, Tosato, esponente della Democrazia cristiana, si espresse in senso contrario alla previsione della non rieleggibilità del Presidente della Repubblica, e lo fece, in particolare, sulla base di argomentazioni (come spesso è accaduto nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente) figlie del tempo in cui vennero svolte: egli, infatti, ritenne che non fosse «opportuno escludere la possibilità delle rielezioni, soprattutto data la situazione politica attuale di penuria di uomini politici, dopo venti anni di carenza di vita politica», nonché sulla base del fatto che una tale previsione avrebbe potuto essere interpretata «in senso poco favorevole per l'attuale Capo provvisorio dello Stato» (il quale, a quel punto, non avrebbe più potuto essere rieletto)²⁷. Si tratta, in tutta evidenza, di motivazioni di carattere contingente, legate alla difficile condizione dell'Italia post-fascista, che, ad oggi, possono certamente dirsi superate.

Di carattere più generale, invece, risulta la spiegazione dello stesso Tosato circa la propria contrarietà anche nei confronti della rieleggibilità del Presidente della Repubblica per una sola volta: una tale opzione, infatti, avrebbe rappresentato, nella prospettiva offerta dal giurista vicentino, «un vincolo morale, seppure tenue, per il collegio elettorale che nel procedere alla elezione del Presidente si troverebbe sempre di fronte alla positiva possibilità di rieleggere il Presidente cessante»²⁸.

Di segno diametralmente contrario appariva, invece, la tesi offerta dall'onorevole Lami Starnuti, esponente del Partito socialista, il quale – al dichiarato fine di «impedire che si apra la via ad una politica a carattere personale del Presidente» – propose la seguente formula (che, dopo essere stata messa ai voti, venne approvata in quella sede), per quello che poi sarebbe divenuto l'art. 85 Cost.: «è eletto per sette anni e non è rieleggibile»²⁹.

²⁵ Più in particolare, Aldo Moro, Palmiro Togliatti, Paolo Rossi e Renzo Laconi sedevano alla Camera dei deputati, mentre Edgardo Lami Starnuti era senatore della Repubblica.

²⁶ Precisamente, nell'ambito della prima Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

²⁷ A.C., Commissione per la Costituzione, Seconda sottocommissione (prima Sezione), *Resoconto sommario della seduta di giovedì 19 dicembre 1946*, 6.

²⁸ A.C., Commissione per la Costituzione, Seconda sottocommissione (prima Sezione), *Resoconto sommario della seduta di giovedì 19 dicembre 1946*, 6.

²⁹ A.C., Commissione per la Costituzione, Seconda sottocommissione (prima Sezione), *Resoconto sommario della seduta di giovedì 19 dicembre 1946*, 6. In quella stessa sede, l'on. Paolo Rossi propose di

Dal canto loro, nel corso dell'adunanza plenaria della Commissione per la Costituzione, ebbero modo di discutere sul tema due tra i più autorevoli statisti (ed influenti politici) della c.d. prima Repubblica: Aldo Moro e Palmiro Togliatti.

Il segretario del Partito comunista italiano dichiarò di ritenere «troppo restrittiva» la formulazione proposta da Lami Starnuti ed approvata in sottocommissione: «Per essere chiamato alla carica di Presidente della Repubblica» – notò Togliatti – «occorrono qualità particolari e non si può (...) escludere per sempre una persona già eletta»³⁰, giungendo ad ammettere, al massimo, la clausola della non rieleggibilità immediata per una sola volta.

L'onorevole Aldo Moro, per parte sua, si professò contrario al predetto limite della non rieleggibilità immediata, dal momento che – posto che, trascorso il primo settennato, sarebbe necessario attendere altri sette (lungi) anni prima che il Presidente possa essere rieletto – «si verrebbe», di fatto, «ad annullare la rieleggibilità»³¹.

La soluzione – compromissoria – cui si addivenne in Commissione fu nel senso di espungere ogni riferimento alla possibilità o meno di una rielezione del Capo dello Stato; soluzione poi suffragata dalla stessa Assemblea Costituente in seduta plenaria, a seguito della rinuncia di Edgardo Lami Starnuti all'emendamento da lui formulato³².

Su un piano di immediata consequenzialità si pose, allora, la discussione relativa alla durata del mandato del Presidente della Repubblica: infatti, Francesco Saverio Nitti – a fronte dell'avvenuta cassazione della clausola di non rieleggibilità del Presidente della Repubblica – propose di accorciare il mandato di quest'ultimo portandolo a quattro anni, ancora una volta sulla base del modello americano³³. Secondo l'autorevole deputato, un termine così breve «è più che sufficiente», se «si ammette che il Presidente possa essere rieletto»: infatti – prosegue Nitti –, «Quando si crede che sia utile conservare una grande personalità», semplicemente, «la si rielegge», senza che si debbano attendere addirittura sette anni «prima che il Paese sia consultato», dal momento che ciò determinerebbe «quella tendenza di allontanarci dalla consultazione popolare»³⁴.

prendere «in considerazione la possibilità della rielezione dopo un certo periodo». Inoltre, nella seduta del giorno successivo, l'on. Giulio Bordon prospettò l'opportunità di fissare la durata della carica del Capo dello Stato in cinque anni; prospettazione, quest'ultima, cui l'on. Tosato ribatté evidenziando la non conformità rispetto alla forma di governo parlamentare della fissazione di «un'eguale durata per tutti gli organi supremi costituzionali, specialmente per quanto riguarda il Presidente della Repubblica, che deve rappresentare un elemento di continuità e di stabilità nella vita dello Stato» (così, A.C., Commissione per la Costituzione, Seconda sottocommissione, prima Sezione, *Resoconto sommario della seduta di venerdì 20 dicembre 1946*, 18). La proposta dell'on. Bordon non fu approvata.

³⁰ A.C., Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, *Resoconto sommario della seduta di martedì 21 gennaio 1947*, 136.

³¹ A.C., Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, *Resoconto sommario della seduta di martedì 21 gennaio 1947*, 136.

³² A.C., *Seduta pomeridiana di mercoledì 22 ottobre 1947*, 1433. In quella stessa sede, venne ritenuto rinunciato anche l'emendamento proposto dagli onorevoli Caronia e Aldisio, dal tenore seguente: «Il Presidente della Repubblica viene eletto per sei anni e può essere consecutivamente rieletto non più di una volta».

³³ A.C., *Seduta pomeridiana di mercoledì 22 ottobre 1947*, 1433. Proprio con riguardo al modello statunitense, Nitti ebbe a notare: «Perché in America non si è mai voluto variare questo termine? La Francia volle adottare il termine di sette anni, ma la Francia fece una Costituzione repubblicana con criteri monarchici (...), che lasciò al Presidente funzioni e attribuzioni esteriori piuttosto monarchiche che repubblicane. L'America ha conservato la tradizione repubblicana ed il Presidente è eletto per quattro anni, e ciò è tanto difficile da mantenere in America quanto non sarebbe da noi. L'elezione del Presidente avviene per suffragio universale a doppio grado (...), e la procedura è piuttosto costosa e complicata. Ma fra i tanti emendamenti proposti alla Costituzione (...) non vi è stato mai quello di cambiare la durata della funzione del Presidente» (ivi, 1433-1434).

³⁴ A.C., *Seduta pomeridiana di mercoledì 22 ottobre 1947*, 1433.

In realtà, risultò subito evidente come il parallelismo operato da Nitti con il Presidente degli Stati Uniti fosse senz'altro fuorviante, come venne immediatamente messo in luce dall'onorevole Tosato, il quale, correttamente, ebbe a rilevare che «il Presidente della Repubblica degli Stati Uniti d'America è non soltanto Capo dello Stato, ma anche Capo del Governo, ed allora si capisce che un Capo dello Stato che abbia anche effettivi poteri di Capo del Governo debba essere continuamente in contatto con la volontà popolare, di fronte alla quale è direttamente responsabile»³⁵. Peraltro, egli mise in luce quella che, probabilmente, sarebbe stata una delle disfunzioni più gravi cui l'ordinamento sarebbe andato incontro ove il mandato del Presidente della Repubblica fosse stato abbreviato a quattro anni: e cioè che le medesime Camere si sarebbero verosimilmente trovate ad eleggere il Capo dello Stato per due volte consecutive. Al contrario, il mandato settennale sarebbe stato in grado – nella prospettiva di Tosato – di «soddisfare l'esigenza di una certa permanenza, di una certa continuità delle pubbliche funzioni» e, soprattutto, di rafforzare «l'indipendenza» del Presidente «rispetto alle Camere che lo eleggono»³⁶.

Fissati, dunque, i due punti fermi relativi alla durata settennale del mandato e alla (implicita) rielegibilità del Presidente della Repubblica, l'Assemblea Costituente – che nel frattempo aveva affrontato il nodo riguardante il potere di scioglimento delle Camere – giunse a discutere l'emendamento presentato dal deputato del Partito comunista Renzo Laconi, volto ad introdurre nel testo costituzionale il cosiddetto “semestre bianco”.

Così, Laconi evidenziò che – una volta prevista la possibilità di rielezione del Capo dello Stato e considerato quanto stabilito dall'art. 85, 3° comma, Cost., con riguardo alla proroga dei poteri presidenziali – «il Presidente della Repubblica», in assenza del correttivo anzidetto, «avrebbe la possibilità di fare un piccolo colpo di stato legale, e cioè potrebbe sciogliere le Camere per avere prorogati i poteri e avvalersi di questo potere prorogato per influenzare le nuove elezioni»: «Se domani» – prosegue Laconi – «il Presidente della Repubblica, allo scadere del suo mandato, si trovasse con due Camere le quali in modo evidente non gli fossero favorevoli, egli potrebbe benissimo sciogliere le Camere e prorogare i suoi poteri per avere nuove Camere che potrebbero essere a lui più favorevoli»³⁷. L'emendamento – nonostante il relatore lo ritenesse superfluo³⁸ – fu approvato e, com'è noto, divenne il 2° comma dell'art. 88 Cost.

4. *L'auspicio di Segni e le relative proposte di revisione costituzionale.*

Gli indirizzi espressi, nel primo Messaggio alle Camere della storia repubblicana, dal Presidente Segni non rimasero inascoltati e, anzi, vennero addirittura anticipati di qualche giorno dalla

³⁵ A.C., *Seduta pomeridiana di mercoledì 22 ottobre 1947*, 1435.

³⁶ A.C., *Seduta pomeridiana di mercoledì 22 ottobre 1947*, 1435.

³⁷ A.C., *Seduta pomeridiana di venerdì 24 ottobre 1947*, 1545. Laconi concluse aggiungendo quanto segue: «Ora, questo sarebbe tanto più grave se per caso non dovesse passare l'emendamento dell'onorevole Carpano [che prevedeva che il Capo dello Stato potesse sciogliere le Camere «non prima di un anno dalla loro elezione e nel caso che abbiano dato luogo a due mutamenti di Governo a seguito di voto di sfiducia nello spazio di un semestre», n.d.r.], perché allora il diritto di scioglimento del Presidente sarebbe senza limiti in quanto il Presidente potrebbe sciogliere le Camere appena elette. Siccome una tradizione democratica in Italia non vi è ancora, penso che non sia male di stabilire delle clausole a questo riguardo».

³⁸ Cfr. A.C., *Seduta pomeridiana di venerdì 24 ottobre 1947*, 1545, ove il relatore Tosato dichiarò: «La Commissione non è aliena dall'accettare l'emendamento dell'onorevole Laconi, sebbene lo ritenga superfluo. Infatti abbiamo già votato un articolo in forza del quale non si procede ad elezione del Presidente della Repubblica nel caso in cui questa elezione cada nell'ultimo semestre di vita delle Camere. È evidente che una norma di correttezza costituzionale imporrà identica condotta da parte del Presidente della Repubblica per quanto riguarda lo scioglimento. Tuttavia, se l'onorevole Laconi insiste, la Commissione non ha difficoltà ad accettare la sua proposta». Il riferimento è, in tutta evidenza, all'art. 85, 3° comma, Cost., il quale, tuttavia, oggi prevede che le Camere non possano provvedere all'elezione del Presidente della Repubblica quando «manca meno di tre mesi [e non, come originariamente prospettato, sei mesi] alla loro cessazione».

presentazione, l'11 settembre 1963, di un disegno di legge costituzionale di iniziativa di alcuni deputati del Partito liberale italiano, recante, appunto, «Modifica degli articoli 85 e 88 della Costituzione»³⁹.

Il testo della proposta di legge venne fatto precedere da un'esaustiva relazione introduttiva, i cui contenuti, se letti alla luce delle parole che il Presidente della Repubblica avrebbe indirizzato al Parlamento di lì a pochi giorni, paiono perfettamente in linea con quanto Antonio Segni ebbe ad evidenziare con riguardo alle disfunzioni cui l'assetto istituzionale sarebbe potuto andare incontro nell'ipotesi di un perdurante mantenimento dell'istituto del semestre bianco.

Così, si precisò che la principale ragione giustificativa che, in Assemblea Costituente, aveva portato all'approvazione del comma 2 dell'art. 88 – vale a dire, la necessità di evitare che il Presidente della Repubblica, negli ultimi mesi del proprio mandato, potesse abusare del potere di scioglimento per influenzare, in qualche modo, le successive elezioni, sperando di poter così contare su una nuova composizione parlamentare, favorevole alla propria rielezione – meglio avrebbe potuto essere garantita dalla previsione della non rieleggibilità (o, quanto meno, della non immediata rieleggibilità) del Capo dello Stato⁴⁰, onde evitare i rischi di «incrinature dell'equilibrio fra i poteri» e di «paralisi del sistema parlamentare» cui l'istituto del semestre bianco avrebbe potuto, in particolari casi, condurre⁴¹.

In particolare, i deputati liberali sottolinearono l'importanza di una sorta di preservazione della figura istituzionale del Presidente della Repubblica⁴², la cui azione «deve essere sempre posta al riparo da disdicevoli interpretazioni che possano intaccarla del sospetto ch'essa sia stata mossa o comunque influenzata da preoccupazioni elettorali»: di qui, la necessità di «assicurare un sistema obiettivo di più efficiente garanzia nell'espletamento delle attribuzioni», preso atto che le «leggi non possono mutare la natura umana, ma possono e debbono stabilire un congegno di (...) cautele che evitino o riducano in chi detiene il potere la tentazione a valersene per fini non rispondenti alla norma che glieli ha attribuiti»⁴³.

L'inserimento, all'interno del testo costituzionale, di un'espressa clausola di non immediata rieleggibilità, allora, sembrò ai proponenti la strada più consona a garantire, da un lato, l'eliminazione del «pericolo» (tanto caro al Costituente) «che l'umano desiderio d'essere confermati nella carica possa determinare atteggiamenti di benevola compiacenza»⁴⁴ (vale a dire, tentativi di condizionamento del corpo elettorale o altre, patologiche forme di abuso delle prerogative

³⁹ Si tratta della proposta di legge costituzionale di iniziativa dei deputati Bozzi, Malagodi, Marzotto, Badini Confalonieri, Ferioli ed Alessi: Camera dei deputati, *Documenti - Disegni di legge e relazioni*, n. 397, IV Legislatura, 11 settembre 1963. Il segretario del Partito liberale italiano, Giovanni Malagodi, scrisse direttamente al Presidente Segni, certo di trovare in lui un interlocutore particolarmente sensibile nei confronti di questa tematica (cfr., a tal riguardo, S. MURA, *Antonio Segni*, cit., 216).

⁴⁰ Camera dei deputati, *Documenti - Disegni di legge e relazioni*, n. 397, cit., 1: «All'origine del divieto sta, dunque, il sospetto d'una attività del Capo dello Stato influenzata da motivi personali, costituzionalmente non corretta; ma questo argomento avrebbe dovuto condurre, secondo logica, ad accogliere la proposta, che era stata formulata, di sancire la non rieleggibilità o la non immediata rieleggibilità del Presidente della Repubblica».

⁴¹ Camera dei deputati, *Documenti - Disegni di legge e relazioni*, n. 397, cit., 1. Si sottolinea, infatti, che «La nostra Costituzione ha cercato di foggiare un sistema di democrazia liberale immune da pericoli di instabilità, ed ha perciò (...) razionalizzato l'istituto della fiducia e della sfiducia (articolo 94) ed ha attribuito al mandato del Presidente della Repubblica una durata più lunga di quella delle due Camere. Quest'ultimo elemento (...) serve a svincolare la suprema Magistratura dal collegio che la ha eletta, con il quale non si stabilisce quindi un rapporto fiduciario permanente, rafforzando l'indipendenza del Presidente e consentendogli uno svolgimento delle sue funzioni in maniera non influenzabile dal collegio medesimo».

⁴² Il quale – in ragione del suo ruolo di «custode della Costituzione» e «propulsore dell'ordine e della legalità costituzionale» – «deve operare al di fuori di speranze o di timori personali»: così, Camera dei deputati, *Documenti - Disegni di legge e relazioni*, n. 397, cit., 2.

⁴³ Camera dei deputati, *Documenti - Disegni di legge e relazioni*, n. 397, cit., 2.

⁴⁴ Camera dei deputati, *Documenti - Disegni di legge e relazioni*, n. 397, cit., 2.

presidenziali); dall'altro, il mantenimento della facoltà di procedere allo scioglimento dell'assemblea parlamentare per l'intera durata del settennato, in modo da non privare il Capo dello Stato di un tale, imprescindibile potere «in ogni momento in cui la dinamica parlamentare e delle forze politiche denunci crisi o disfunzioni e imponga per ciò il supremo correttivo dell'appello al popolo»⁴⁵.

Ne derivò una proposta di modificazione dell'art. 85 del seguente tenore: «Cessato dalla carica per qualunque causa, egli non può essere immediatamente rieletto»; il secondo comma dell'art. 88, invece, sarebbe dovuto essere soppresso.

Un secondo disegno di legge costituzionale⁴⁶ (sostanzialmente analogo⁴⁷ a quello di cui si è appena dato conto) venne presentato dal Governo – allora presieduto da Giovanni Leone – a poco meno di un mese di distanza dal Messaggio alle Camere di Antonio Segni: si trattò – questo sì – di un tentativo di raccogliere gli auspici contenuti in quell'esternazione, cui la relazione introduttiva fa espresso riferimento⁴⁸. In particolare, l'Esecutivo dichiarò di aver «preso nella più deferente considerazione il suggerimento del Capo dello Stato», riconoscendo nelle soluzioni indicate dal Presidente della Repubblica l'idoneità a portare «un contributo di notevole importanza al perfezionamento delle nostre istituzioni costituzionali e allo sviluppo democratico del Paese»⁴⁹.

Entrambe le proposte, com'è noto, rimasero sulla carta. Tant'è che l'allora Presidente del Consiglio Giovanni Leone, una volta divenuto Presidente della Repubblica, avvertì l'esigenza di reiterare, con un proprio (e più ampio) messaggio alle Camere, l'auspicio a suo tempo formulato dal predecessore Segni, con riguardo alla proposta di revisione degli artt. 85 e 88 Cost⁵⁰.

Si dovette attendere il 1991 affinché fosse approvata una legge di revisione costituzionale per la riforma del comma 2 dell'art. 88 (la legge 4 novembre 1991, n. 1), al quale venne aggiunto il noto inciso volto a permettere al Presidente della Repubblica di sciogliere le Camere anche nell'ultimo semestre del proprio mandato, nel caso in cui quest'ultimo coincida, in tutto o in parte, con gli ultimi sei mesi della legislatura.

Ma si trattò di una riforma dalla portata modesta, che nulla aveva a che vedere con i propositi formulati decenni prima tanto dai Presidenti Segni e Leone, quanto da parlamentari ed autorevoli esponenti della dottrina. L'obiettivo perseguito, infatti, aveva carattere pressoché contingente, e non si inseriva certo nell'ambito di un complessivo (e, a suo tempo, largamente auspicato) ripensamento della disciplina costituzionale relativa al mandato del Presidente della Repubblica e ai limiti della prerogativa di scioglimento dell'assemblea legislativa. Così, il vero intento perseguito dal legislatore del 1991 fu, in quell'occasione, quello di evitare il c.d. ingorgo istituzionale, che si sarebbe verificato nel luglio dell'anno successivo, allorquando sarebbero giunti a naturale scadenza tanto la decima Legislatura, quanto il settennato del Presidente Francesco Cossiga: ove il Parlamento non avesse posto rimedio al problema, approvando un'apposita proposta di legge costituzionale ed eliminandolo

⁴⁵ Camera dei deputati, *Documenti - Disegni di legge e relazioni*, n. 397, cit., 2.

⁴⁶ Camera dei deputati, *Documenti - Disegni di legge e relazioni*, n. 599, IV Legislatura, 16 ottobre 1963.

⁴⁷ Art. 1: «Il primo comma dell'art. 85 della Costituzione è sostituito dal seguente: “Il Presidente della Repubblica è eletto per sette anni e non è immediatamente rieleggibile”».

Art. 2: «Il secondo comma dell'articolo 88 della Costituzione è abrogato».

⁴⁸ «Onorevoli Colleghi! – Il Presidente della Repubblica, avvalendosi del potere conferitogli dall'articolo 87, secondo comma, della Costituzione, ha indirizzato in data 16 settembre 1963 un Messaggio alle Camere, nel quale, tra l'altro, ha segnalato al Parlamento l'opportunità di introdurre nella nostra Carta il principio della non immediata rieleggibilità del Capo dello Stato»: così, l'esordio della relazione introduttiva (Camera dei deputati, *Documenti - Disegni di legge e relazioni*, n. 599, cit., 1).

⁴⁹ Camera dei deputati, *Documenti - Disegni di legge e relazioni*, n. 599, cit., 1.

⁵⁰ G. LEONE, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, Camera dei deputati, *Documenti - Disegni di legge e relazioni*, doc. I, n. 1, VI Legislatura, 15 ottobre 1975, 18: «Si tratta della richiesta di una modifica della Costituzione, già avanzata nel 1963 da un mio illustre predecessore e che io stesso, Presidente del Consiglio del tempo, feci riversare in un disegno di legge approvato dal mio Governo e presentato in Parlamento: la previsione della non rieleggibilità del Presidente della Repubblica, con la conseguente eliminazione del semestre bianco».

così alla radice, il Capo dello Stato non avrebbe potuto procedere allo scioglimento anticipato delle Camere, evitando così la concomitanza anzidetta.

Insomma, venne introdotta una sorta di «soluzione minimalistica» – come la definì Valerio Onida –, la quale «non ha risolto nessuno dei problemi da tempo posti intorno all’art. 88, né quello della utilità del “semestre bianco” (...); né quello, connesso, dell’opportunità di sancire la non rieleggibilità del Presidente della Repubblica»⁵¹.

In definitiva, l’inciso inserito, nel 1991, in seno al disposto dell’art. 88 Cost. non rappresentò altro che una semplice eccezione alla regola: regola che, tuttavia, continuava – e continua tuttora – ad essere pienamente vigente nel nostro ordinamento.

5. Il vivo dibattito dottrinale sviluppatosi a seguito dell’intervento del Presidente Segni: gli “Incontri” di “Rassegna parlamentare”.

Il contenuto del Messaggio alle Camere del Presidente Antonio Segni, nonché i due disegni di legge costituzionale – rispettivamente, di iniziativa parlamentare e di iniziativa governativa – che lo anticiparono e lo seguirono, non lasciarono indifferenti alcuni tra i più autorevoli esponenti della coeva dottrina giuspubblicistica, in seno alla quale si sviluppò un vivace dibattito che trovò sede privilegiata tra le pagine della rubrica *Incontri* dell’importante rivista *Rassegna parlamentare*⁵².

Vi si confrontarono costituzionalisti di chiara levatura, che espressero posizioni diversamente orientate, e variamente argomentate, in ordine all’introduzione della non rieleggibilità del Presidente della Repubblica e all’abolizione del semestre bianco: opinioni delle quali vale la pena di dare sinteticamente conto in questa sede, rinviando, per un maggiore approfondimento, alla lettura integrale dei testi ivi riportati, rivelatori di una cultura e di una sensibilità – giuridica, politica, istituzionale – non più così comuni.

Prendendo le mosse da coloro che si espressero pienamente a favore delle proposte di riforma avanzate dal Partito liberale e dal Governo, vanno segnalate le opinioni di Francesco Maria Dominedò, Serio Galeotti e Vezio Crisafulli.

Il primo, dopo aver ripreso il dibattito svoltosi sul punto in Assemblea Costituente ed aver rievocato, in chiave comparatistica, le esperienze di Stati Uniti, Francia e Germania⁵³, mostrò, innanzi tutto, di concordare appieno con le argomentazioni tradizionalmente addotte a sostegno della tesi della non rieleggibilità del Capo dello Stato (da un lato, eccessività, in un ordinamento repubblicano – e, dunque, maggiore confacenza ad un ordinamento monarchico – della permanenza in carica di

⁵¹ V. ONIDA, *L’ultimo Cossiga: recenti novità nella prassi della Presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost.*, n. 2/1992, 183. Egli rileva, a proposito, che la riforma del 1991 «è (...) utile, al più, come lo è stata nel 1992, a consentire quell’anticipo “tecnico” delle elezioni subito prima della scadenza naturale della legislatura, che peraltro forse avrebbe potuto ammettersi anche in via di interpretazione dell’art. 88 originario (potendosi cioè non considerare ‘anticipato’ uno scioglimento che intervenga in stretta prossimità alla scadenza naturale della legislatura)» (ivi).

⁵² Si tratta, in particolare, delle opinioni di A. BOZZI - P. BARILE - G. CUOMO - F.M. DOMINEDÒ - S. GALEOTTI, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.* (rubrica *Incontri*), n. 10-12/1963, 697 ss.; nonché di quelle di V. CRISAFULLI - T. MARTINES - V. SICA, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.* (rubrica *Incontri*), n. 1-2/1964, 62 ss.

Così recitava il significativo paragrafo introduttivo della rubrica anzidetta: «Nell’aprire il dibattito sulla revisione costituzionale in ordine agli artt. 85 e 88 della Costituzione, la Direzione è stata mossa dalla convinzione che le proposte modificazioni incidessero con una certa rilevanza nel sistema costituzionale e che non trattavasi, quindi, soltanto di eliminare discrasie, ma di innovare.

Le opinioni che i chiari docenti invitati hanno espresso ci sembra rafforzino questo convincimento» (*Rass. parl.*, rubrica *Incontri*, n. 10-12/1963, 697).

⁵³ F.M. DOMINEDÒ, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.* (rubrica *Incontri*), n. 10-12/1963, cit., 720-723.

una medesima persona per un doppio settennato; dall'altro, impossibilità di immediata rielezione quale garanzia di indipendenza giuridica e morale del Presidente): osservazioni, queste ultime, che il Dominedò dichiarò di ritenere pacificamente prevalenti rispetto all'obiezione fondata sul presupposto che la non rieleggibilità avrebbe impedito il mantenimento in carica di un ottimo Presidente⁵⁴. In secondo luogo, egli si espresse favorevolmente anche quanto all'obliterazione del 2° comma dell'art. 88, dal momento che il semestre bianco veniva giudicato idoneo a determinare «una grave riduzione dei poteri del Presidente», e come tale potenzialmente dannoso per gli interessi del Paese, specie nei periodi di maggiore instabilità istituzionale⁵⁵.

«Piena approvazione» dei suggerimenti avanzati dal Presidente Segni giunse da parte di Serio Galeotti⁵⁶, il quale, al termine di un *excursus* relativo al ruolo di garanzia, all'indipendenza e all'imparzialità della figura del Presidente della Repubblica – e alla necessità di mantenere integre tali connotazioni della più alta carica dello Stato –⁵⁷, definì il divieto di immediata rieleggibilità proprio come «sicuro mezzo tecnico concorrente al fine di rafforzare la posizione d'indipendenza dell'organo»⁵⁸. La possibilità di immediata rielezione, secondo Galeotti, avrebbe rappresentato «una pesante ipoteca sulle motivazioni del comportamento presidenziale» ed avrebbe esposto il Presidente della Repubblica, al termine del proprio mandato, ad una sorta di inopportuno controllo politico da parte delle Camere, con la conseguenza che questi avrebbe potuto essere tentato di abbandonare il proprio atteggiamento *super partes* e di favorire una determinata maggioranza parlamentare al fine di ottenerne l'appoggio in vista di una propria riconferma nella carica⁵⁹.

Analogamente, Galeotti dimostrò pieno appoggio anche nei confronti della proposta di obliterazione del semestre bianco, considerato tale da poter provocare «una sorta di semi-paralisi nella funzione presidenziale (...) con gravi conseguenze sulla corretta funzionalità del sistema di governo»⁶⁰.

La terza voce del tutto favorevole alla (duplice) innovazione costituzionale in parola fu, come si è accennato, quella di Vezio Crisafulli, il quale insistette sul fatto che – nonostante l'introduzione della non rieleggibilità del Presidente della Repubblica avrebbe comportato il venir meno di quella forma di responsabilità del titolare della carica derivante da una mancata rielezione (responsabilità, peraltro, del tutto eventuale⁶¹) – la responsabilità presidenziale, già positivizzata per i reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione, rappresentasse, di per sé sola, una garanzia sufficiente, tale, comunque, da distinguere un Capo di Stato repubblicano da un monarca⁶². Egli, in particolare, si schierò a favore dell'idea che la responsabilità del Presidente dovesse attuarsi quotidianamente, attraverso il dibattito parlamentare e la discussione nella società civile, onde sottoporre il suo operato «al vaglio critico ed

⁵⁴ F.M. DOMINEDÒ, *Una revisione costituzionale*, cit., 724-725.

⁵⁵ F.M. DOMINEDÒ, *Una revisione costituzionale*, cit., 726.

⁵⁶ S. GALEOTTI, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.* (rubrica *Incontri*), n. 10-12/1963, cit., 727.

⁵⁷ S. GALEOTTI, *Una revisione costituzionale*, cit., 728-730.

⁵⁸ S. GALEOTTI, *Una revisione costituzionale*, cit., 731.

⁵⁹ S. GALEOTTI, *Una revisione costituzionale*, cit., 731. Come nel caso, già analizzato, di Dominedò, anche Galeotti ritenne che la mera «impossibilità di fruire per lo stesso ufficio della esperienza acquisita o delle doti eccezionali eventualmente palesate dalla personalità del precedente investito nella carica» avrebbe costituito «un passivo trascurabile di fronte ai pericoli che l'immediata rieleggibilità può contenere» (ivi, 732).

⁶⁰ S. GALEOTTI, *Una revisione costituzionale*, cit., 733.

⁶¹ V. CRISAFULLI, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.* (rubrica *Incontri*), n. 1-2/1964, 63: si tratta, a detta di Crisafulli, di una responsabilità meramente eventuale – oltre che «generica ed alquanto fumosa» –, «presupponendo che il Presidente uscente disegnasse di ripresentare la propria candidatura; e rischiava per ciò stesso di tradursi sostanzialmente, nei casi in cui avrebbe potuto concretamente verificarsi, in una richiesta di “fiducia” e di “rinnovata fiducia” al collegio elettorale, sulla base delle benemerienze acquisite durante il settennato precedente: certamente poco confacente al clima di piena indipendenza, anche morale, che si esige per l'adempimento dei doveri del Capo dello Stato».

⁶² V. CRISAFULLI, *Una revisione costituzionale*, cit., 63.

al controllo, permanente e diffuso, della pubblica opinione»⁶³: con l'ovvia conseguenza che un divieto di rielezione – funzionale a garantire la sottrazione del Presidente «ad ogni possibile influenza»⁶⁴ di Governo e Parlamento – non avrebbe comportato problema alcuno quanto alla responsabilizzazione del titolare del Capo dello Stato. Concluse, in ogni caso, con un significativo avvertimento: ammettere l'introduzione dell'auspicato divieto di rielezione avrebbe significato «rendere più difficile, se non impossibile, un mutamento di rotta, un ritorno indietro (...) verso una interpretazione meno dinamica delle funzioni del Capo dello Stato»⁶⁵.

Dal canto loro, contro l'approvazione dei progetti di revisione costituzionale anzidetti si schierarono, in quella sede, Paolo Barile e Giuseppe Cuomo.

Così, il primo – pur riconoscendo l'opportunità della riforma sotto il profilo della politica costituzionale – sottolineò la non conformità di quest'ultima alle «regole del sistema», dal momento che avrebbe posto il Capo dello Stato in una (a suo dire, inammissibile) «posizione di minore responsabilità»⁶⁶. Secondo Barile, infatti, la rieleggibilità del Presidente della Repubblica sarebbe stata voluta dal Costituente al fine di garantire l'esprimibilità di un giudizio politico sull'operato di quest'ultimo ad opera di Governo e Parlamento⁶⁷, con la conseguenza che l'introduzione del divieto di rielezione avrebbe comportato una «parziale atrofizzazione» delle prerogative presidenziali a vantaggio di altri organi costituzionali, trasformando il Capo dello Stato in una sorta di «monarca irresponsabile» e modificando «profondamente il sistema attuale e in particolare quel delicatissimo equilibrio fra responsabilità e poteri del Presidente della Repubblica»⁶⁸.

Non troppo dissimile la posizione assunta da Cuomo, il quale, nel suo argomentare, prese le mosse da un'accorta analisi dei fatti, anziché da un'esegesi formale delle norme: prima di quel momento, nessun Presidente della Repubblica era stato rieletto e il semestre bianco non aveva mai provocato particolari disfunzioni; per contro, una riforma costituzionale, atta ad incidere su questi marginali aspetti, sarebbe stata in grado di compromettere gravemente la struttura stessa dell'ordinamento statale (le espressioni utilizzate paiono particolarmente pregnanti e, francamente, piuttosto esagerate: «negazione del parlamentarismo e del regime democratico», oltre che alterazione dello stesso principio della sovranità popolare)⁶⁹. Infatti (ancora una volta), venne messo in luce come il divieto di rielezione avrebbe comportato la sottrazione del Presidente della Repubblica al giudizio dell'organo che lo ha eletto e ne avrebbe determinato una pericolosa irresponsabilità, dal momento che egli sarebbe stato messo nella condizione di rispondere ai propri personali interessi o a quelli di una determinata fazione politica, anziché all'interesse generale, giungendo, addirittura, a fungere da «freno» per il Parlamento⁷⁰.

⁶³ V. CRISAFULLI, *Una revisione costituzionale*, cit., 64.

⁶⁴ V. CRISAFULLI, *Una revisione costituzionale*, cit., 67. L'autorevole costituzionalista propose, altresì, di ampliare la riforma costituzionale relativa all'istituzione Presidente della Repubblica, demandando l'elezione del medesimo «ad un apposito collegio, composto, ad esempio, insieme con i membri delle due Camere, di tutti i consiglieri regionali» o dei membri dei consigli provinciali (ivi, 68).

⁶⁵ V. CRISAFULLI, *Una revisione costituzionale*, cit., 68: essa, infatti, presupporrebbe «accettazione dello stato di fatto cui, sino ad oggi, si è pervenuti con la evoluzione della figura del Presidente» (ivi).

⁶⁶ P. BARILE, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.* (rubrica *Incontri*), n. 10-12/1963, cit., 709.

⁶⁷ P. BARILE, *Una revisione costituzionale*, cit., 711, ove sottolinea che, «quando la Costituzione ha voluto rompere il legame di responsabilità politica [tra Presidente e forze politiche presenti in Parlamento] impedendo la rieleggibilità lo ha detto (artt. 135 e 104, per i membri della Corte costituzionale e del C.S.M.)».

⁶⁸ P. BARILE, *Una revisione costituzionale*, cit., 711-712.

⁶⁹ G. CUOMO, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.* (rubrica *Incontri*), n. 10-12/1963, cit., 713-714.

⁷⁰ G. CUOMO, *Una revisione costituzionale*, cit., 716: «Venendo a mancare il collegamento con le forze politiche considerate nel loro complesso il Capo dello Stato, non più soggetto ad esse per la sua rielezione, potrebbe divenire espressione di gruppi politici e sociali diversi dai partiti politici e condizionare le decisioni degli stessi partiti e dei rispettivi gruppi nelle Camere. In una Repubblica parlamentare si verrebbe a creare

Alla *pars destruens*, tuttavia, Cuomo (a differenza di altri) fece seguire una interessante *pars construens*: nell'ipotesi in cui la riforma dell'art. 85 Cost. fosse approvata, sarebbe stato opportuno, «per non alterare l'equilibrio tra gli organi», «prevedere la possibilità che nel corso del settennato le Camere, con propria deliberazione, possano sottoporre a votazione popolare la deposizione del Presidente della Repubblica»⁷¹: insomma, una forma decisamente più pregnante di quel controllo diffuso sull'operato del Capo dello Stato che già Crisafulli, come si è visto, aveva teorizzato.

Rimangono da analizzare, brevemente, le due posizioni, per così dire, intermedie: quelle espresse, in senso reciprocamente opposto, da Temistocle Martines e Vincenzo Sica. Opposte, dal momento che mentre il primo autore si professò contrario alla non rieleggibilità del Presidente della Repubblica ma favorevole all'abolizione del semestre bianco, il secondo espresse la propria compiacenza verso la revisione dell'art. 85, ma si schierò contro la soppressione del comma 2 dell'art. 88 Cost.

Più in particolare, Martines – prendendo le mosse dalla distinzione tra organi tecnici (per i quali è la stessa Costituzione a prevedere espressamente il divieto di immediata rieleggibilità) e organi politici (per i quali è lasciata aperta la possibilità di una riconferma nel ruolo)⁷² – non ravvisò «alcun ostacolo» che si opponesse «all'immediata rieleggibilità del Presidente della Repubblica in un sistema di governo parlamentare»⁷³. Anzi, fu anch'egli propugnatore dell'idea che «un Capo dello Stato non rieleggibile indulgerebbe più facilmente alla suggestione di affermare la sua personalità e la sua volontà come preminenti rispetto alle altre»⁷⁴.

D'altra parte, però, si dimostrò pienamente favorevole, come accennato, all'abolizione del semestre bianco, pur nella perdurante vigenza dell'art. 85, comma 1, nella sua attuale formulazione: infatti, dal momento che il potere di scioglimento non può essere esercitato *ad libitum* da parte del Presidente della Repubblica, ma è, al contrario, ancorato a precise garanzie costituzionali, non sarebbero stati configurabili – a detta dell'autore – particolari rischi di abuso⁷⁵.

Chiude questa breve rassegna l'opinione espressa da Vincenzo Sica, il quale – dopo aver svolto un'articolata (e pressoché condivisibile) riflessione generale intorno al ruolo e ai poteri del Presidente della Repubblica nell'ordinamento italiano⁷⁶ – qualificò la previsione della non rieleggibilità del Capo

una situazione formalmente analoga per alcuni versi a quella delle repubbliche presidenziali, in effetti non dissimile da quella che sussiste in regime monarchico con il *partito di corte*».

⁷¹ G. CUOMO, *Una revisione costituzionale*, cit., 717: «Sarebbe assicurata così la estraneità del Capo dello Stato dal gioco politico delle parti e l'esercizio dei poteri che la Costituzione gli attribuisce in conformità dell'interesse generale».

⁷² T. MARTINES, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.* (rubrica *Incontri*), n. 1-2/1964, cit., 69-70.

⁷³ T. MARTINES, *Una revisione costituzionale*, cit., 72: «E poiché il permanere del consenso si presume sino a prova contraria, i regimi democratici adottano degli strumenti che permettono di verificare, a scadenze fisse o nel corso stesso del mandato, se i governanti continuano ad essere espressione dei governati e per ciò a mantenere il consenso (...). Che questo principio sia valido anche per il Presidente della Repubblica lo dimostra l'argomento che sia la nostra Costituzione sia le altre Costituzioni democratiche consentono la immediata rieleggibilità del Capo dello Stato».

⁷⁴ T. MARTINES, *Una revisione costituzionale*, cit., 75. Inoltre, non avrebbero, «fra l'altro, alcuna influenza sulle sue azioni e sui suoi orientamenti le critiche che potrebbero essergli mosse da un'attenta opinione pubblica» (ivi).

⁷⁵ T. MARTINES, *Una revisione costituzionale*, cit., 76. Del resto, nota l'autore, anche se «il Presidente violasse, in genere, i limiti imposti al suo potere di scioglimento, l'atto arbitrario non gioverebbe certo al suo prestigio e potrebbe essere sindacato, a seconda delle circostanze e delle tesi che sono state avanzate al riguardo, sotto il profilo dell'eccesso di potere o della responsabilità politica o del conflitto di attribuzioni fra Presidente e Governo ovvero ancora, in estrema ipotesi, del reato di attentato alla Costituzione» (ivi, 77).

⁷⁶ V. SICA, *Una revisione costituzionale: eleggibilità del Presidente della Repubblica e potere di scioglimento*, in *Rass. parl.* (rubrica *Incontri*), n. 1-2/1964, cit., 77-84. Così, per segnalare i passaggi più significativi, egli, in generale, include il Presidente della Repubblica tra quegli organi che, «pur essendo politici per il sistema nel quale operano, prescindono dall'indirizzo politico riservato istituzionalmente al Governo ed all'organizzazione parlamentare ad esso collegata». Una tale interpretazione, tuttavia, «non chiude il Presidente in un Olimpo né nega la qualificazione politica della sua attività e dei suoi atti, evidente se non altro

dello Stato come «misura idonea e necessaria»⁷⁷, posto che un eventuale raddoppio del settennato avrebbe provocato un vero e proprio irrigidimento del sistema. Al contrario, si professò particolarmente perplesso in ordine alla proposta di abrogazione del 2° comma dell'art. 88, dal momento che l'esercizio del potere di «scioglimento delle Camere negli ultimi sei mesi del mandato presidenziale» sarebbe stato idoneo a dare luogo ad una «carenza dell'organizzazione parlamentare nello stesso ciclo di tempo nel quale il mandato del Presidente della Repubblica» andava ad esaurirsi: si sarebbe potuta verificare, cioè, una inaccettabile situazione nella quale la stessa «organizzazione dello Stato» sarebbe divenuta «materialmente carente»⁷⁸. Di qui, la propensione di Sica per il mantenimento dell'istituto del semestre bianco.

6. *Eventi, attualità e prospettive: per una soluzione intermedia.*

Come si è già accennato, del Messaggio alle Camere di Antonio Segni si è tornati di recente a parlare, oltre che per il richiamo operato dal Presidente Mattarella, per il fatto che, a partire da luglio del 2021, è previsto l'inizio del semestre bianco di quest'ultimo, che andrà a collocarsi in un periodo storico connotato da gravi (e ben note) difficoltà, di ordine economico e sociale, per il Paese.

Sembra opportuno, allora – dopo aver percorso questo itinerario ricostruttivo in ordine alla problematica della rieleggibilità del Presidente della Repubblica e del semestre bianco – interrogarsi sull'opportunità, ad oggi, di un loro mantenimento ovvero di una loro obliterazione, nel solco di quanto auspicato dal Presidente Segni e dalle proposte di revisione costituzionale che ne accompagnarono le esternazioni.

Ora, a parere di chi scrive, è necessario che le due questioni – appunto, quelle della rieleggibilità del Presidente della Repubblica⁷⁹ e del semestre bianco – siano mantenute distinte, rinunciando – come, il più delle volte, è stato fatto sinora – a considerarle inscindibilmente connesse in un rapporto di reciproca pregiudizialità, per la quale il mantenimento dell'una implicherebbe anche il mantenimento del secondo, e viceversa.

Inoltre, è doveroso – nell'approcciarsi a svolgere una breve riflessione sul tema – proporsi di rimanere saldamente ancorati alla realtà istituzionale, ai dati di fatto, agli eventi concretamente verificatisi, alle loro cause giustificative e alle loro implicazioni, anziché correre il rischio di scivolare nel friabile ed incerto (per quanto affascinante) terreno delle ipotesi più remote.

Così, un saldo, ed imprescindibile, punto di partenza sembra, oggi, essere quello contrassegnato da una data ben precisa: il 20 aprile 2013, giorno nel quale – per la prima e (finora) unica volta nella storia della Repubblica – un Capo dello Stato, Giorgio Napolitano, venne riconfermato dal

per gli effetti immediati che essi hanno sulla organizzazione politica, sulle sue relazioni interne e sui rapporti relativi» (ivi, 78). Anzi, in forza della «sua identità di *Capo dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale*, per le attribuzioni demandategli in ordine a vari (...) settori (...) – con potere *determinante* in relazione ai rapporti relativi o a momenti di tali rapporti» – spesso «viene ad occupare una posizione sulla quale si riversano e alla quale si riferiscono (...) una serie di rapporti e relazioni», che fanno sì che la sua posizione «fuoriesc[a] e super[i] la negazione del potere di indirizzo politico ed in genere la sua definizione normativa» (ivi, 81).

⁷⁷ V. SICA, *Una revisione costituzionale*, cit., 84.

⁷⁸ V. SICA, *Una revisione costituzionale*, cit., 85.

⁷⁹ Intorno al tema della rieleggibilità del Presidente della Repubblica già si è scritto: v., a titolo esemplificativo, M. VOLPI, *Considerazioni sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, in AA.VV., *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano. Atti di un Convegno (Messina-Taormina 25, 26, 27 ottobre 1984)*, a cura di G. Silvestri, Milano, 1985, 489 ss.; F. SACCO, *L'elezione del Capo dello Stato: questioni procedurali, rieleggibilità e responsabilità politica dell'organo presidenziale*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2006, 915 ss.; nonché, ancora a seguito del Messaggio alle Camere di Antonio Segni, A. GALATELLO-ADAMO, *Osservazioni in margine al messaggio presidenziale sulla non rieleggibilità del Presidente della Repubblica*, Napoli, 1964.

Parlamento in seduta comune per un secondo mandato⁸⁰. Si tratta, in tutta evidenza, di un evento dalla portata straordinaria, con il quale la dottrina coeva alla formulazione dell'anzidetto auspicio da parte di Antonio Segni, *naturaliter*, non aveva potuto misurarsi, ma che oggi non può certo essere ignorato, meritando, anzi, di essere posto al centro della riflessione, là dove ci si proponga di avanzare qualunque proposta di revisione costituzionale sul punto.

Quel che accadde in quell'occasione è ben noto, e molto se ne è discusso: in una fase già contrassegnata da un'estrema instabilità politica (dal momento che, a due mesi di distanza dalla celebrazione delle elezioni politiche, ancora non si era formata una maggioranza in Parlamento e, conseguentemente, ancora non si era stati in grado di dar vita ad un governo), i partiti politici più influenti – naufragata, prima, la candidatura dell'*ex* Presidente del Senato Franco Marini⁸¹ e, quindi, quella dell'*ex* Presidente del Consiglio Romano Prodi⁸² – non riuscirono ad esprimere un candidato alla presidenza della Repubblica, con la conseguenza – mai verificatasi prima – che il Presidente in carica, Giorgio Napolitano, nonostante l'età avanzata e le perplessità espresse con riguardo ad una siffatta opzione, venne rieletto con una amplissima maggioranza⁸³.

Così, la rielezione del Presidente della Repubblica rappresentò, in quel caso, l'approdo salvifico per un sistema entrato in un singolare cortocircuito – composto da temporanea ingovernabilità del Paese a seguito di elezioni dagli esiti pesantemente incerti, crescente conflittualità tra i partiti, indisponibilità all'accordo o, quanto meno, al compromesso – nel quale andava ad innestarsi la scadenza del mandato del Capo dello Stato e la necessità dell'individuazione – assai ardua, in un quadro siffatto – del successore.

Si trattò, senza alcun dubbio, di una singolare combinazione di fattori, che diede luogo ad uno stallo politico-istituzionale difficilmente districabile⁸⁴. E, tuttavia, è necessario prendere atto di come

⁸⁰ Sulle vicende legate alla rielezione di Giorgio Napolitano, v., ad esempio, S. PONS, *Giorgio Napolitano*, in AA.VV., *I Presidenti della Repubblica*, cit., 467, che nota: «Questo paradosso di un presidente della Repubblica in buona parte inascoltato dalle forze politiche, e più di una volta attaccato frontalmente dal centro-destra, ma ora invocato quale salvatore della patria e insediato per un secondo mandato, rivela tutta la crisi della seconda Repubblica». Per quanto concerne l'analisi giuridica, v., tra gli altri, AA.VV., *L'eccezionale 'bis' del Presidente della Repubblica Napolitano*, a cura di F. Giuffrè e I.A. Nicotra, Torino, 2013; oltre che i coevi G. SCACCIA, *La storica rielezione di Napolitano e gli equilibri della forma di governo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013 e S. CECCANTI, *"Rieletto, ma non troppo": le grandi differenze tra l'undicesimo e il dodicesimo Presidente della Repubblica*, in *Quad. cost.*, n. 2/2013.

⁸¹ Al primo scrutinio, il 18 aprile 2013, il candidato Franco Marini ottenne 521 voti, a fronte delle 672 preferenze necessarie per essere eletto (maggioranza dei due terzi).

⁸² Al quarto scrutinio, il giorno successivo (19 aprile 2013), Romano Prodi – la cui candidatura venne affossata dai ben noti "franchi tiratori" – ottenne soltanto 395 suffragi, a fronte dei 504 necessari per l'elezione (maggioranza assoluta). L'evidente disfatta comportò le dimissioni dell'allora segretario del Partito democratico, Pier Luigi Bersani (*Presidente Repubblica, niente quorum per Prodi. Bersani si dimette: "Uno su quattro ha tradito"*, in *la Repubblica*, 19 aprile 2013).

⁸³ Al sesto scrutinio, il 20 aprile 2013, il Presidente della Repubblica uscente, Giorgio Napolitano, venne riconfermato con 738 voti (pari al 73,2%), con uno scarto di ben 234 preferenze rispetto alla maggioranza richiesta.

Con riguardo alle perplessità nutrite dal Presidente Napolitano in relazione all'opportunità di una rielezione del Capo dello Stato, appaiono particolarmente esplicite le parole da lui pronunciate nel discorso di insediamento dinanzi al Parlamento in seduta comune, il 22 aprile 2013: «Come voi tutti sapete, non prevedevo di tornare in quest'aula per pronunciare un nuovo giuramento e messaggio da Presidente della Repubblica. Avevo già nello scorso dicembre pubblicamente dichiarato di condividere l'autorevole convinzione che la non rielezione, al termine del settennato, è "l'alternativa che meglio si conforma al nostro modello costituzionale di Presidente della Repubblica". Avevo egualmente messo l'accento sull'esigenza di dare un segno di normalità e continuità istituzionale con una naturale successione nell'incarico di Capo dello Stato» (G. NAPOLITANO, *Messaggio del Presidente della Repubblica al Parlamento nel giorno del giuramento*, Aula della Camera dei deputati, 22 aprile 2013).

⁸⁴ Cfr. S. PONS, *Giorgio Napolitano*, in AA.VV., *I Presidenti della Repubblica*, cit., 467, che utilizza proprio quest'espressione: «In questa situazione di grave stallo politico e istituzionale, i rappresentanti del

il ripresentarsi di una situazione di tal genere non sia da escludere a priori nell'ambito dell'ordinario funzionamento della forma di governo parlamentare, specie a fronte di una realtà che, ormai da tempo, si è lasciata alle spalle il tendenziale bipolarismo che aveva caratterizzato la fine degli anni Novanta e la prima fase del nuovo millennio, risultando ormai caratterizzata da un'estrema frammentazione partitica, da un sistema elettorale di carattere (pressoché esclusivamente) proporzionale e da una cronica instabilità degli esecutivi che, via via, vanno susseguendosi nel corso delle diverse legislature⁸⁵.

Ebbene, a fronte di un quadro siffatto, la rieleggibilità del Presidente della Repubblica sembra costituire uno strumento in grado di garantire il funzionamento del sistema là dove esso dovesse attraversare delicati momenti di crisi: come una sorta di salvagente, che ci si augura di non aver mai la necessità di utilizzare, ma del quale non sembra saggio privarsi, in via precauzionale. Come sottolineato dallo stesso Presidente Napolitano nel giorno del suo secondo giuramento, infatti, la rielezione costituisce «una scelta pienamente legittima, ma eccezionale», alla quale ricorrere quando si versi in condizioni di particolare difficoltà⁸⁶.

Sono, queste ultime, considerazioni che si allontanano dalle dissertazioni teoriche, preferendo parlare il linguaggio, concreto, della realtà⁸⁷: occorre, in altre parole, far tesoro di quanto è accaduto

centrosinistra e del centrodestra si rivolgono a Napolitano, che si vede di fatto costretto ad accettare il reincarico, pur avendo respinto una simile ipotesi nei mesi precedenti in nome di una normale continuità istituzionale» (v., infatti, *supra*).

⁸⁵ Cfr., ad esempio, M. DOGLIANI, *La forma di Governo tra riformismo elettorale e mutamento politico-istituzionale*, in [Federalismi.It](#), n. 1/2018, il quale ritiene che la «forma di governo vigente in Italia» sia «definibile come parlamentare, debolmente razionalizzata, a multipartitismo estremo»; A. RUGGERI, *“Forma di governo” e sistema dei partiti: due categorie oramai inservibili per la teoria costituzionale?*, in questa [Rivista](#), 2018, 599; nonché F. PATERNITI, *L'affannoso avvio della XVIII Legislatura e il ruolo dell'Esecutivo alla luce delle evoluzioni della forma di governo italiana*, in [Federalismi.It](#), n. 2/2019, che sottolinea «l'enorme difficoltà» dei partiti politici italiani «di addivenire a posizioni di sintesi utili ad aggregare una maggioranza politico-parlamentare».

⁸⁶ Cfr. G. NAPOLITANO, *Messaggio del Presidente della Repubblica al Parlamento nel giorno del giuramento*, cit., che ebbe a mettere in luce, con estrema franchezza e con parole particolarmente incisive, quanto segue: «La rielezione, per un secondo mandato, del Presidente uscente, non si era mai verificata nella storia della Repubblica, pur non essendo esclusa dal dettato costituzionale, che in questo senso aveva lasciato (...) “schiusa una finestra per tempi eccezionali”. Ci siamo dunque ritrovati insieme in una scelta pienamente legittima, ma eccezionale. Perché senza precedenti è apparso il rischio che ho appena richiamato: senza precedenti e tanto più grave nella condizione di acuta difficoltà e perfino di emergenza che l'Italia sta vivendo in un contesto europeo e internazionale assai critico e per noi sempre più stringente.

Bisognava dunque offrire, al paese e al mondo, una testimonianza di consapevolezza e di coesione nazionale, di vitalità istituzionale, di volontà di dare risposte ai nostri problemi: passando di qui una ritrovata fiducia in noi stessi e una rinnovata apertura di fiducia internazionale verso l'Italia. È a questa prova che non mi sono sottratto. Ma sapendo che quanto è accaduto qui nei giorni scorsi ha rappresentato il punto di arrivo di una lunga serie di omissioni e di guasti, di chiusure e di irresponsabilità».

⁸⁷ Ed è dalla realtà e dai fatti che è necessario partire, specie se si hanno bene in mente le limpide indicazioni di metodo di C. VIVANTE, *La riforma del codice di commercio*, in *Nuova Antologia*, 1923, 161-162, là dove suggerisce di «riprendere il contatto colla realtà vivente», ritenendo che «nulla sia estraneo al diritto, poiché è composto di tutti gli elementi della vita» e segnalando l'opportunità di ricercare «la conoscenza dei fatti fuori della logica, per poter poi costruire saldamente a rigore di logica»; oltre che l'insuperato insegnamento di S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, 5, quanto ai “rischi” insiti nella disciplina che ci occupa: «Ogni scienza trova nella sua stessa natura e nei procedimenti che le son propri, qualche causa particolare e specifica di errori. Ma forse nessuna sfera della conoscenza umana somma in sé così copiose e perenni fonti di illusioni, come quella che ha per oggetto lo studio delle istituzioni politiche».

Del resto, in Assemblea Costituente, Vittorio Emanuele Orlando ebbe ad affermare che «Le Costituzioni si creano con il costume, con la lenta evoluzione, con successivi adattamenti a bisogni nuovi, non per atti di una

(cosa che i maestri del diritto costituzionale poc' anzi menzionati non potevano, evidentemente, fare), evitando di farsi trovare impreparati, ove accadimenti analoghi dovessero ripresentarsi.

Dunque, non sarebbe opportuno – *in primis* perché, essenzialmente, imprudente e contrario al principio di precauzione⁸⁸ – introdurre nell'ordinamento italiano, come a suo tempo auspicato dal Presidente Segni e dalle contestuali proposte di revisione costituzionale, un espresso divieto di rieleggibilità del Presidente della Repubblica. E nemmeno, evidentemente, una più possibilista clausola (pure avanzata, a più riprese) di “non immediata rieleggibilità”, proprio perché, come la storia recente ha dimostrato, è proprio al termine di un primo mandato presidenziale che può presentarsi, a volte come unica soluzione praticabile, la necessità di una riconferma.

Del resto, non sembra proprio che lasciare aperta la possibilità della rielezione del Presidente della Repubblica comporti il rischio di un “irrigidimento” del sistema⁸⁹: anzi, al contrario, essa potrebbe essere vista come espressione di dinamicità e dialettica – oltre che, prima di tutto, di democraticità – dal momento che tende a responsabilizzare⁹⁰ il titolare della carica e a renderlo sensibile nei confronti dell'opinione pubblica e del dibattito politico. Non paiono totalmente prive di fondamento, infatti, le tesi di quanti hanno sostenuto⁹¹ che negare la rieleggibilità del Capo dello Stato significherebbe, in qualche modo, affievolirne la responsabilità non politica (della quale non è, almeno tendenzialmente e tradizionalmente, titolare), ma squisitamente istituzionale. La possibilità di rielezione, infatti, consente la sottoposizione – *ex post* – del Presidente della Repubblica ad un giudizio – del tutto fisiologico in un ordinamento liberal-democratico – sul suo operato da parte dell'istituzione che lo ha eletto, a sua volta espressione degli orientamenti politici (verosimilmente mutati, al termine del settennato) del Paese⁹². E ciò, a maggior ragione, merita di essere predicato con riguardo alla realtà odierna, contrassegnata, com'è noto, da una tendenziale espansione del ruolo del Capo dello Stato, specie nei momenti più delicati della vita istituzionale⁹³.

volontà (...). Tutta la storia delle Costituzioni dimostra che sono i popoli nella loro storicità che le formano e il costume che le consacra»: A.C., *Seduta antimeridiana di giovedì 23 ottobre 1947*, 1479.

⁸⁸ *Naturaliter*, l'espressione viene qui utilizzata in senso lato, senza alcun riferimento all'ambito delle politiche sanitarie, ambientali od economiche, nel quale tale principio assume una connotazione marcatamente tecnica, nonché una specifica rilevanza normativa. Il termine *precauzione*, in questo contesto, significa, essenzialmente, «prudenza nell'agire», «specifica cautela adottata per evitare un danno o limitarne le conseguenze» (così, *Il Piccolo Rizzoli Larousse*, Milano, 2004, *ad vocem*): in particolare, là dove il rischio da evitare presenti i caratteri dell'incertezza e della non sicura verificabilità (del resto, la particella latina *prae* vale ad anticipare ulteriormente l'esigenza di tutela già insita nel verbo *cavere*).

⁸⁹ Come sostenuto da V. SICA, *Una revisione costituzionale*, cit., 84.

⁹⁰ Della responsabilità politica del Presidente della Repubblica risultante dalla mancata rielezione ha parlato – respingendo la tesi favorevole ad una sua configurazione avanzata da O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo italiana*, Napoli, 2010 – G. SCACCIA, *Il “settennato” Napolitano fra intermediazione e direzione politica attiva*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 104.

Si è parlato, in generale, di una “responsabilità diffusa” del Presidente della Repubblica: cfr. A. SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzione e recenti interpretazioni*, Torino, 2010. Inoltre, ancora sul controverso tema della responsabilità politica del Capo dello Stato, v., ad esempio, N. PIGNATELLI, *La responsabilità politica del Presidente della Repubblica tra valore storico e “inattualità” costituzionale della controfirma ministeriale*, in AA.VV., *La responsabilità dello Stato*, a cura di U. Breccia e A. Pizzorusso, Pisa, 2006, 365 ss.

⁹¹ Si sono fatti gli esempi di P. BARILE, *Una revisione costituzionale*, cit., 709; G. CUOMO, *ivi*, 715; e T. MARTINES, *ivi*, 73.

⁹² V., infatti, O. CHESSA, *Capo dello Stato, politica nazionale e interpretazione costituzionale. Una replica ai critici*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 gennaio 2012, 14, ove osserva che «nel disegno costituzionale il Presidente della Repubblica non è estraneo alla direzione politica e (...), pertanto, non è assimilabile ad altre cariche di derivazione parlamentare, come ad esempio quella dei giudici costituzionali, per le quali infatti la Costituzione sancisce il divieto di rielezione».

⁹³ V., infatti, G. PASQUINO, *L'elasticità della Presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 111 ss. e G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica e le crisi di sistema*, in AA.VV., *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, a cura di A. Baldassarre e G. Scaccia, Roma, 2010, 49 ss.

Certo, è doveroso precisare che una siffatta osservazione non implica – in primo luogo, perché non ha corrispondenza nella realtà – che si debba necessariamente far discendere dalla mancata rielezione di un Presidente un giudizio negativo sul modo con il quale egli ha svolto il proprio incarico⁹⁴. Tuttavia, non si vede perché si dovrebbe, in astratto, privare il Parlamento della facoltà di

In merito all'attuale configurazione della figura istituzionale del Presidente della Repubblica e all'interpretazione delle sue prerogative v., ad esempio, A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011; V. LIPPOLIS, *Il Presidente della Repubblica*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018 (il quale nota, appunto, che «I settanta anni che ci separano dall'entrata in vigore della Costituzione hanno fatto registrare una progressiva espansione del ruolo del Presidente della Repubblica nelle vicende politico-istituzionali»); nonché, in particolare, il contributo di M. BERTOLISSI, *Il Presidente della Repubblica e la crisi della forma di governo parlamentare*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, vol. I, a cura di C. Bertolino, T. Cerruti, M. Orofino, A. Poggi, Napoli-Torino, 2020, 499 ss., spec. 510, là dove rileva che «la sua attività finisce per trasferirsi, progressivamente, dall'area propria della forma di governo a quella della forma di Stato, all'interno della quale vengono in gioco le tutele essenziali riferibili alla persona», e 517, ove osserva come «il Presidente della Repubblica sia, oramai, soggetto di una politica attiva», in particolare se si considera «la sostanza sia delle dichiarazioni sia delle decisioni ed azioni concrete».

Molto si è discusso, in particolare, a proposito della presidenza di Giorgio Napolitano: cfr., ad es., G. PASQUINO, *Un Presidente semipresidenziale, "malgré lui"*, in *Paradoxa*, n. 1/2015, 112 ss.; R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 7 ss.; C. FUSARO, *Il presidente della Repubblica fra mito del garante e forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 47 ss.; D. GALLIANI, *Metodo di studio e "settennato" Napolitano*, in *Quad. cost.*, n. 1/2013, 61 ss.; nonché i volumi di G. SCACCIA, *Il re della Repubblica. Cronaca costituzionale della presidenza di Giorgio Napolitano*, Modena, 2015; V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, Bologna, 2013; e D. GALLIANI, *I sette anni di Napolitano. Evoluzione politico-costituzionale della Presidenza della Repubblica*, cit. E ancora, più in generale, AA.VV., *Il Presidente della Repubblica. Frammenti di un settennato*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Torino, 2012; nonché gli stessi V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La presidenza più lunga. I poteri del capo dello Stato e la Costituzione*, 2016, e G. SCACCIA, *Il Presidente della Repubblica fra evoluzione e trasformazione*, Modena, 2015.

Del resto, già negli anni Settanta e Ottanta, illustri autori come Mortati, Elia e Paladin avevano avuto modo di segnalare la progressiva espansione del ruolo concretamente rivestito dal Presidente della Repubblica: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*⁹, Padova, 1976, 699; L. ELIA, voce *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 660; e L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 165 ss.

Se è senz'altro vero, dunque, che «la Costituzione non voleva (...) delineare un Presidente governante» (A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2018, 363-364), è necessario prendere altresì atto della circostanza secondo la quale «il Costituente non ha confinato il Capo dello Stato ad un ruolo di mera ratifica di atti governativi, ma – pur escludendolo dalla c.d. funzione di indirizzo politico – ha inteso attribuirgli una capacità decisionale autonoma» (A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2008, 881). Così, specie negli ultimi tempi, per le ragioni ampiamente evidenziate in dottrina e di cui si è già detto *supra* – «La figura del Presidente della Repubblica» – il quale, oggi, «è custode della Costituzione in un senso comparativamente più ampio di quanto lo sia stato in passato» – risulta oramai, inesorabilmente, «immersa nell'agone politico» (M. BERTOLISSI, *Il Presidente della Repubblica e la crisi della forma di governo parlamentare*, cit., 518 e 520); agone dal quale nemmeno il Capo dello Stato «può riuscire immune» (L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 223): ne deriva, in definitiva, che una sorta di para-sindacato successivo sull'operato (ora, molto più penetrante rispetto agli anni addietro) del Presidente non apparirebbe più, alla luce dei mutamenti istituzionali intercorsi, così impensabile in radice, contrariamente a quanto la tradizionale tesi dell'*estraneità* del Capo dello Stato rispetto al circuito politico sembrerebbe, a rigore, imporre. V., per tutti, V. LIPPOLIS - G.M. SALERNO, *La repubblica del Presidente*, cit., 10 ss.

⁹⁴ È, questa, un'indispensabile specificazione, che si basa, essenzialmente, su di una constatazione di carattere storico: merita di essere rilevato, infatti, come la mancata riconferma, per un secondo mandato, dei predecessori di Giorgio Napolitano, non sia certo stata dettata (*finora*: nella quasi totalità dei casi e, comunque, non esclusivamente) da ragioni di merito inerenti al modo in cui la carica venne esercitata. Non va dimenticato, infatti, che – prima dello storico (e isolato) avvenimento dell'aprile 2013 – la non rielezione del Capo dello Stato (pur non contemplata dal testo costituzionale) si era senz'altro affermata sulla base di una prassi consolidatasi nel tempo, con la conseguenza che la riconferma veniva avvertita – e, in tutta probabilità, è

riconfermare nel proprio ruolo un ottimo Capo dello Stato⁹⁵, che si sia rivelato perfettamente all'altezza delle proprie responsabilità e che, al contempo, si mostri disponibile all'espletamento di un secondo mandato: si tratterebbe, in qualche modo, di un'inopportuna limitazione del principio della sovranità popolare, della quale la compagine parlamentare (integrata dai delegati regionali) costituisce espressione.

Del resto, non insuperabili si rivelano le obiezioni che, tradizionalmente, vengono mosse alla rieleggibilità del Presidente della Repubblica⁹⁶; perplessità fondate, argomentate e spesso, almeno in astratto, certamente condivisibili, le quali, tuttavia, non sembrano, di per sé sole, in grado di giustificare l'obliterazione di uno strumento – quale è la rielezione – che, in determinati casi, potrebbe rivelarsi utile, se non indispensabile, al superamento di un'*impasse* istituzionale.

Così, con particolare riguardo alla critica secondo la quale, in caso di rielezione, il Capo dello Stato si troverebbe a rimanere in carica per un periodo di tempo eccessivamente prolungato, meritano di essere messi in evidenza alcuni rilievi.

In primo luogo, non può essere sottovalutato come il principio di alternanza – che costituisce, indiscutibilmente, uno dei cardini imprescindibili delle moderne democrazie⁹⁷ e sul quale, come si è visto⁹⁸, molto hanno insistito i rivoluzionari americani – debba essere apprezzato in maniera diversa, a seconda che esso sia invocato con riguardo a chi detiene effettive responsabilità politico-amministrative – dunque, responsabilità di governo – ovvero in relazione a chi riveste un ruolo di carattere istituzionale. In questo secondo caso – contrassegnato da particolari esigenze di stabilità, continuità, indipendenza rispetto alle contingenze legate agli orientamenti politici progressivamente espressi dal corpo elettorale –, risulta senz'altro meno pregnante l'esigenza di un frequente ricambio della persona chiamata a rivestire la carica, che, anzi, potrebbe rivelarsi controproducente.

Ora, se è certamente vero che il Presidente della Repubblica, nell'ordinamento italiano, è titolare di prerogative che non ne permettono la riduzione a mero organo di carattere istituzionale (quale è, ad esempio, il monarca nell'ordinamento britannico), è comunque indubbio che egli si trovi in una

ancora così – quale opzione di carattere eccezionale non agevolmente praticabile, come rilevato dallo stesso Napolitano in occasione del suo secondo discorso di insediamento (cfr. *supra*, *sub* note 83 e 83). In altri casi, come quelli contrassegnati dalle dimissioni anticipate del Presidente uscente (Leone, Cossiga, ma anche Napolitano, nel 2015), la non rielezione ha rappresentato il puro e semplice (oltre che scontato e doveroso) rispetto, da parte del Parlamento in seduta comune, della manifestata volontà di dismettere la carica, che, naturalmente, non poteva che incorporare in sé anche quella di non riassumerla nuovamente. Sul punto, v., ad esempio, G. SCACCIA, *I limiti del costruttivismo interpretativo*, in AA.VV., *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano*, a cura di M. Cecchetti, S. Pajno e G. Verdi, Palermo, 2012, 95 ss., il quale giustamente mette in luce l'implausibilità della tesi secondo la quale «tutti i Presidenti, non avendo avuto la ventura di essere rieletti, debbano considerarsi per ciò stesso politicamente sanzionati per il loro cattivo operato».

Tuttavia, un rilievo di questo tenore – basato, essenzialmente, sull'*id quod plerumque accidit* – non può implicare, *a priori*, che, in futuro (e, in particolare, nell'ipotesi in cui la rielezione del Presidente della Repubblica dovesse divenire, in una certa misura, più frequente), un'eventuale, mancata riconferma del Capo dello Stato non possa assumere il significato di una certa disapprovazione – o, perlomeno, di una non totale approvazione – dell'operato del titolare uscente, nel segno di un fisiologico rafforzamento della responsabilità istituzionale (e, almeno in parte, politica) che è propria della prima carica dello Stato.

⁹⁵ Come si è visto, invece, F.M. DOMINEDÒ, *Una revisione costituzionale*, cit., 724-725, riteneva che gli argomenti a sostegno dell'opportunità dell'introduzione di un divieto espresso di rielezione del Capo dello Stato fossero «preminenti rispetto all'obiezione che la non rieleggibilità immediata faccia venire meno il beneficio della rielezione di un eccellente Presidente: in altri termini, nel sistema costituito, si può dire che il *pro* della non rieleggibilità prevalga sul *contra*. Né, d'altra parte, l'ottima prova offerta nel singolo settennato sta a significare che, in un paese di antica tradizione, non sia dato rinvenire altri soggetti, i quali, alla prova dei fatti, siano capaci di rivelarsi altrettanto rispondenti alle esigenze della suprema magistratura».

⁹⁶ Sulle quali v. *supra*, *sub* 5.

⁹⁷ Del resto, già Aristotele riteneva che l'alternanza al governo – unitamente alla libertà e all'uguaglianza – costituisse uno dei principi fondamentali della democrazia: cfr. ARISTOTELE, *Politica*, V, 9, 1310.

⁹⁸ V. *supra*, *sub* 2.

posizione per nulla assimilabile a quella del Presidente degli Stati Uniti (unico titolare del potere esecutivo) o, comunque, a quella del Capo dello Stato di un ordinamento presidenziale o semipresidenziale, che pure, spesso, vengono invocate a sostegno della tesi della non rieleggibilità del Presidente della Repubblica⁹⁹. Infatti, appare piuttosto intuitiva (e non varrebbe la pena di indugiare sul punto), la sostanziale diversità – e, dunque, la non comparabilità – tra la *ratio* che, negli Stati Uniti, ha giustificato l'introduzione del 22° emendamento alla Costituzione e le ragioni addotte dai sostenitori delle revisioni costituzionali dei primi anni Sessanta.

In ogni caso, ove si volessero smussare i rischi (in realtà, difficilmente ravvisabili: si pensi, ad esempio, a quello ipoteticamente consistente nella concentrazione, in capo ad un Presidente della Repubblica eletto per due mandati consecutivi, del potere di nominare un terzo dei componenti della Corte costituzionale¹⁰⁰) legati ad un'eccessiva durata della carica presidenziale, si potrebbe prendere in considerazione la possibilità di un accorciamento del mandato a sei anni¹⁰¹, ovvero

⁹⁹ Così, come si è visto, lo stesso A. SEGNI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, cit., 5.

¹⁰⁰ La nomina dei giudici della Corte costituzionale, infatti, risulta pur sempre ancorata, innanzi tutto, ai requisiti soggettivi di cui all'art. 135, 2° co., Cost.; inoltre, non va dimenticato che il Presidente della Repubblica, nell'operare una simile scelta, è chiamato a «preferire persone dotate di tali caratteristiche morali e culturali, da garantirne a priori l'indipendenza di giudizio: non tanto nel senso di bilanciare fra loro una serie di scelte politicamente ispirate, quanto per correggere – nei limiti del possibile – la stessa idea di una Corte costituzionale politicamente rappresentativa» (così, L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 235); oltre che a garantire una composizione equilibrata «sia sotto il profilo politico-culturale sia sotto il profilo delle competenze tecniche» (B. RANDAZZO, *I poteri di nomina e le nomine dei presidenti*, in AA.VV., *I Presidenti della Repubblica*, cit., 1101). Pur trattandosi, dunque, di un potere sostanzialmente e formalmente presidenziale, non si presta peraltro ad essere esercitato del tutto discrezionalmente o, addirittura, arbitrariamente. Del resto, guardando alla storia, le nomine presidenziali si sono indirizzate, nella stragrande maggioranza dei casi, verso personalità di chiara fama, provenienti dal mondo accademico (ben trentaquattro su quaranta totali), e avulse dal contesto politico.

In ogni caso, non va dimenticato, da un lato, che – alla luce della circostanza che «le nomine in questione sono sfasate e diradate nel tempo» – «il titolare della Presidenza potrebbe trovarsi nella singolare condizione di non dover effettuare nemmeno una nomina nel corso del suo mandato» (L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 235); dall'altro, e in senso contrario, che alcuni Presidenti – in un unico settennato – hanno nominato un cospicuo numero di Giudici costituzionali (Giovanni Gronchi – per ovvie ragioni –, ben nove; Francesco Cossiga, cinque; Carlo Azeglio Ciampi, cinque), mentre Giorgio Napolitano – pur essendo stato rieletto (anche se per un periodo di tempo limitato) – ne ha nominati comunque cinque, al pari di alcuni dei suoi predecessori. Inoltre, se è vero che una medesima maggioranza parlamentare – eventualmente conservatasi, a seguito delle consultazioni elettorali, nel corso di due legislature successive – può provvedere alla nomina (e all'eventuale ricambio) dei cinque membri della Corte a sé spettanti, non si vede perché analogamente non possa fare un Presidente della Repubblica riconfermato per un secondo mandato, posto, tra l'altro, che i reciproci equilibri interni al supremo consesso non ne risulterebbero, in ogni caso, intaccati.

¹⁰¹ In origine, il mandato settennale era stato introdotto per garantire una discontinuità cronologica rispetto alla durata della Camera dei deputati (eletta per cinque anni) e del Senato della Repubblica (in un primo momento, eletto per sei anni). Poiché, successivamente, la durata di entrambi i rami del Parlamento venne uniformata a cinque anni, non sarebbero ravvisabili, ad oggi, ostacoli di sorta ad una eventuale riduzione del mandato presidenziale a sei anni.

Del resto, in realtà, già in Assemblea Costituente era stata avanzata la proposta di fissare a sei anni la durata del mandato del Presidente della Repubblica: cfr. A.C., Commissione per la Costituzione, Seconda sottocommissione (prima Sezione), *Resoconto sommario della seduta di giovedì 19 dicembre 1946*, cit., 6: «Tosato, Relatore, avverte che questo è un punto che è stato lungamente dibattuto e vi sono al riguardo pareri discordanti: secondo alcuni, la durata della carica dovrebbe essere di sei anni, secondo altri si dovrebbe precisare che il Presidente è eletto per sei anni e non è rieleggibile; altri ancora preferirebbero specificare che è eletto per sei anni e non è rieleggibile che una sola volta; infine, per quanto lo riguarda, egli preferirebbe dire semplicemente che è eletto per sette anni», dal momento che (come si è già avuto modo di vedere *supra*) «non ritiene conforme al sistema di Governo parlamentare stabilire un'eguale durata per tutti gli organi supremi costituzionali, specialmente per quanto riguarda il Presidente della Repubblica, che deve rappresentare un

dell'introduzione di una clausola di rieleggibilità *per una sola volta*: la quale, in effetti, potrebbe essere sufficiente a superare un primo, eventuale stallo del sistema.

Al di là di ciò, deve essere rilevato come il mantenimento della rieleggibilità del Presidente della Repubblica non significhi certo che una tale opzione debba divenire la norma: anzi, istituzioni ben funzionanti dovrebbero fare in modo che la rielezione rappresenti soltanto un'eccezione, un'*extrema ratio* cui ricorrere là dove non si presentino le condizioni politico-istituzionali per operare diversamente. Spetta cioè al Parlamento – come già sottolineava, condivisibilmente, Temistocle Martines – «impedire che la disfunzione si perpetui o divenga attuale, sostituendo il titolare dell'organo alla scadenza del mandato»¹⁰²: è, cioè, compito della fisiologica dinamica parlamentare garantire l'individuazione di un successore al Presidente uscente; ma nel caso in cui le circostanze contingenti lo impediscano o lo rendano eccessivamente difficoltoso, merita di essere mantenuta la possibilità di procedere ad una riconferma.

Analogamente, il medesimo principio di precauzione, cui poc'anzi si faceva riferimento, merita di essere assunto come “bussola” anche con riguardo all'opportunità – che, in questo caso, merita senz'altro di essere valutata positivamente – dell'abolizione del c.d. semestre bianco, di cui al capoverso dell'art. 88 Cost¹⁰³.

Ancora una volta, infatti, deve ritenersi preminente l'esigenza di non sottrarre – in qualunque circostanza – all'ordinamento un mezzo potenzialmente in grado di agevolare il superamento di una fase di crisi del sistema istituzionale: e uno di questi mezzi è senza dubbio rappresentato dal potere di scioglimento delle Camere, del quale non appare opportuno privare il Presidente della Repubblica, neppure (e, anzi, soprattutto) negli ultimi sei mesi del suo mandato. Non è da escludere, ad esempio, che una crisi di governo di difficile soluzione – contrassegnata dall'indisponibilità delle forze politiche presenti in Parlamento di addivenire a una qualunque forma di accordo – possa verificarsi nel corso dell'ultima porzione del mandato presidenziale: in un caso siffatto, il Capo dello Stato non avrebbe la possibilità di procedere allo scioglimento delle Camere e all'indizione di elezioni anticipate (opzione che, in alcuni casi, può risultare l'unica concretamente praticabile o, comunque, quella preferibile), al fine di restituire al Paese piena governabilità ed effettività nell'azione politica. Al contrario, sarebbe costretto a mantenere in carica, per gli affari correnti, il governo dimissionario (opzione, quest'ultima, non agevolmente attuabile e, certamente, scongiurabile con riguardo ad un periodo di tempo prolungato), ovvero a nominare un nuovo Presidente del Consiglio per la formazione di un esecutivo, che potrebbe risultare privo del necessario appoggio in Parlamento.

Così, si pensi soltanto a cosa sarebbe potuto accadere ove la crisi di governo, apertasi all'inizio del 2021, si fosse verificata alla fine dell'estate, senza che si registrasse la disponibilità delle forze politiche a sostenere un nuovo governo, guidato da una figura istituzionale: l'Italia si sarebbe trovata a navigare a vista, priva di un saldo timoniere, nel bel mezzo di un'emergenza sanitaria ed economica senza precedenti.

Insomma, sebbene la probabilità sia pressoché remota (è difficile, infatti, pensare che davvero, in una situazione di questo genere, le forze politiche rifiutino ogni forma di collaborazione per cercare di addivenire ad un superamento dello stallo), non sembra che le ragioni tradizionalmente evocate a sostegno del mantenimento del semestre bianco siano tali da giustificare l'assunzione di un rischio siffatto.

Come si è visto, il comma 2 dell'art. 88 costituì il frutto di un emendamento avanzato, in Assemblea costituente, dall'onorevole Laconi, preoccupato della possibilità che il Capo dello Stato, nell'approssimarsi del termine del suo mandato, potesse abusare del potere di scioglimento per

elemento di continuità e di stabilità nella vita dello Stato» (ivi, *Resoconto sommario della seduta di venerdì 20 dicembre 1946*, cit., 18).

¹⁰² T. MARTINES, *Una revisione costituzionale*, cit., 74.

¹⁰³ Sul quale, occorre senz'altro rinviare, per un'esauritiva trattazione, ad A. REPOSO, *Semestre bianco e scioglimento delle camere*, Padova, 1979, oltre che a G. VACCARI, *Il semestre bianco*, in *Parlamento*, n. 1-2/1985, 6 ss. e a G. FERRARI - G. PERRONE CAPANO, *Semestre bianco semestre nero: a proposito del potere del Capo dello Stato di sciogliere il Parlamento*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/1961, 428 ss.

influenzare le successive elezioni ed ottenere un Parlamento a lui più favorevole¹⁰⁴. Si tratta, in realtà, di un timore non così fondato, almeno per tre ordini di ragioni.

In primo luogo, il potere di scioglimento delle Camere non può essere arbitrariamente esercitato dal Presidente della Repubblica, nel caso in cui non ne sussistano i presupposti. Com'è noto, infatti, l'esercizio di tale prerogativa non costituisce certo un atto formalmente e sostanzialmente presidenziale¹⁰⁵, bensì un atto complesso, nel quale «la controfirma governativa non attesta soltanto la regolarità formale dell'atto, ma anche la sua condivisione sostanziale»¹⁰⁶: un atto, cioè, rispetto al quale il Governo risulta «sicuramente legittimato a non controfirmare qualora a suo giudizio non ricorrano i presupposti»¹⁰⁷, e del quale, in ogni caso, il Capo dello Stato non potrebbe servirsi «contro il raccordo Governo-Parlamento», e cioè «in antitesi alla maggioranza parlamentare»¹⁰⁸. Del resto – come ricordava Mortati –, è proprio la subordinazione dell'esercizio del potere di scioglimento al raggiungimento di una sorta di “accordo” tra Presidente e Governo a costituire la massima garanzia contro eventuali degenerazioni abusive¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Cfr. *supra*, sub 3. V. anche, ad esempio, quanto nota M. GALIZIA, *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, Milano, 1972, 241-242, secondo il quale la Costituzione avrebbe voluto «mantenere salda la condizione istituzionale del Capo dello Stato, che potrebbe essere incrinata da un eventuale sospetto, nell'opinione pubblica, circa un suo intervento teso ad agevolare la propria rielezione; e ciò indipendentemente dallo svolgimento di qualsiasi azione effettivamente poco corretta, per la semplice prossimità dei due atti».

¹⁰⁵ Tali sono, come è noto, quegli atti imputabili al Presidente della Repubblica tanto dal punto di vista della forma esteriore, quanto dal punto di vista del loro contenuto sostanziale, ed in relazione ai quali la controfirma ministeriale svolge esclusivamente una funzione di controllo. Si tratta, ad esempio, della nomina dei senatori a vita, della nomina di un quinto dei giudici della Corte costituzionale, del rinvio delle leggi alle Camere, dei messaggi alle Camere medesime: cfr., ad esempio, A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, cit., 369.

¹⁰⁶ Così, A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, cit., 364.

¹⁰⁷ L. CARLASSARE, *Presidente della Repubblica, crisi di governo e scioglimento delle Camere*, in AA.VV., *Il Presidente della Repubblica*, cit., 149, ove nota anche che «La variabilità dei comportamenti politici e delle richieste dei partiti, la fragilità degli accordi raggiunti, il mutar degli umori, rendono assolutamente improponibile l'idea che si tratti del mero accertamento di fatti chiari, di situazioni definite da cui scaturisce in modo evidente e controllabile la decisione di sciogliere; e dunque altrettanto improponibile l'idea che il controfirmante abbia un compito semplice, poco significativo, in definitiva normale, quasi si trattasse di un accertamento assimilabile a quello sulla regolarità del decreto di nomina di un giudice costituzionale, volto a verificare l'esistenza dei requisiti richiesti (...)» (ivi, 148-149).

Concorde, anche se più cauto, sotto questo punto di vista, L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 204-205, secondo il quale, con riguardo allo scioglimento (incluso, a suo dire, «fra gli atti d'iniziativa presidenziale», posto che «il semestre bianco non ritrova alcuna giustificazione, se non dal punto di vista di chi riconosca al Presidente un reale margine di scelta nell'esercizio del potere in esame»), «l'indispensabile controfirma del decreto in questione presenta (...) un significato peculiare e comunque più pregnante di quello che essa riveste in relazione ad altri atti d'iniziativa presidenziale (...) Nell'ipotesi disciplinata dall'art. 88, può bene ripetersi che al controfirmante non spetta se non un controllo di legittimità: ma il controllo è reso quanto mai penetrante dalla circostanza che i presupposti giustificativi non sono individuati dalla Costituzione».

In merito allo scioglimento delle Camere, la letteratura è vastissima. Si rinvia, dunque – anche per i numerosi ed esaustivi richiami bibliografici ivi contenuti –, ai lavori monografici di M. BELLETTI, *Forma di governo parlamentare e scioglimento delle Camere. Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, Padova, 2008; di P. COSTANZO, *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, voll. I-II, Milano, 1988; e di G. GUARINO, *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, Napoli, 1990 (in specie, per quanto concerne la prospettiva comparata); oltre che, a titolo esemplificativo, ai contributi di R. CHERCHI, *Lo scioglimento delle Camere nella Costituzione italiana*, in [Costituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), n. 2/2012 e di A. APOSTOLI, *A proposito di scioglimento anticipato delle Camere. Elementi di continuità pur in presenza di un sistema politico ormai destrutturato*, in [Rivista AIC](http://www.rivistaaic.it), n. 4/2012.

¹⁰⁸ L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 208.

¹⁰⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 664, secondo il quale, se, da un lato, sussistono «elementi sufficienti a fare escludere che l'atto in parola rientri fra quelli governativi», dall'altro, non se ne ravvisano «di altrettanto sicuri per farlo attribuire all'esclusiva competenza presidenziale»: ne deriva che, «poiché la potenzialità di (...) sviamento di potere è prospettabile in confronto sia dell'uno che dell'altro dei

E ciò, sorvolando sulla previsione, di certo meno incisiva ma comunque coerente con una tale, complessiva impostazione dell'ordito costituzionale, dell'onere di consultare previamente i Presidenti di Camera e Senato.

In secondo luogo, i tradizionali strumenti della messa in stato di accusa per i reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione, di cui all'art. 90 Cost. – oltre che, per altro verso, il più comune rimedio del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, per episodi o presunte “prevaricazioni” di minore entità – sarebbero senz'altro idonei a reprimere (e, in una certa misura, anche a prevenire) eventuali, gravi scorrettezze poste in essere dal Capo dello Stato allo scopo di alterare il fisiologico svolgimento dei meccanismi democratici.

In terzo luogo, non può essere sottaciuta una circostanza piuttosto dirimente: e cioè che – abbandonando il piano delle congetture astratte e ponendosi in una prospettiva di maggiore concretezza – non si vede di quali strumenti pratici il Presidente della Repubblica possa disporre per influenzare, davvero, le elezioni, di modo che ne esca una composizione parlamentare favorevole alla propria rielezione. Potrebbe forse, *in thesi*, esercitare una qualche pressione mediatica sull'opinione pubblica, ma non è certo detto (e, anzi, appare piuttosto improbabile) che riesca nell'intento.

Non sembra, dunque, opportuno mantenere una così forte, e rischiosa, limitazione delle prerogative del Presidente della Repubblica, soltanto per evitare il rischio – frutto, forse, della comprensibile titubanza post-bellica nutrita in Assemblea Costituente nei confronti dell'assegnazione di poteri così pregnanti in capo ad unica persona – di accadimenti di remota verificabilità, e comunque ancorati a precise garanzie costituzionali.

7. Considerazioni conclusive.

Alla luce di quanto si è andati dicendo sin qui, dunque, potrebbe essere individuata, quale soluzione preferibile, quella intermedia: da un lato, mantenimento della rieleggibilità del Presidente della Repubblica (eventualmente limitata ad una sola volta); dall'altro, abolizione del semestre bianco.

Del resto, per le ragioni che si sono cercate di mettere in luce, le due opzioni si rivelano reciprocamente indipendenti, non comprendendosi per quale motivo l'una debba essere – come spesso accade – invocata in correlazione all'altra, quasi che l'abrogazione del 2° comma dell'art. 88 fosse impraticabile in assenza di una contestuale introduzione del divieto di rielezione del Capo dello Stato.

In realtà, come si è visto, i timori che portarono il Costituente all'introduzione del semestre bianco possono considerarsi oramai obsoleti, sia alla luce degli eventi che la storia ci ha restituito (non risultano essersi mai verificate, infatti, situazioni tali da giustificare la perdurante conservazione, a fronte dei rischi di stallo del sistema ad esso correlati), sia, soprattutto, avuto riguardo alle effettive garanzie costituzionali (carattere complesso del potere di scioglimento, controfirma governativa, obbligo di sentire i Presidenti dei due rami del Parlamento) che attorniano la figura del Capo dello Stato e all'assenza di strumenti concretamente idonei a favorire eventuali abusi di potere da parte di quest'ultimo, specie al fine di influenzare il giuoco politico e la competizione elettorale nell'ultima frazione temporale del suo mandato.

Sicché, risulta ben possibile procedere ad una revisione costituzionale volta all'obliterazione del semestre bianco, mantenendo però, al contempo, la possibilità di rieleggere il Presidente della Repubblica.

Rielezione che, al pari della possibilità di sciogliere le Camere anche nel corso degli ultimi sei mesi del mandato del Capo dello Stato, potrebbe rivelarsi un imprescindibile approdo – del quale, dunque, non è cauto disfarsi *a priori* – nell'ambito di crisi che, pur nella loro eccezionalità, risultano

detti organi chiamati ad intervenire nell'atto, è nel condizionarne la formazione all'accordo fra i due, nonché nell'assunzione delle correlative responsabilità che deve vedersi una maggiore salvaguardia dell'abuso».

pressoché connaturate nell'essenza stessa della forma di governo parlamentare, specie se caratterizzata da un multipartitismo estremo, come è nel caso italiano.

Ne deriva, in definitiva, che senz'altro condivisibili risultano, ancora oggi, gli auspici formulati quasi mezzo secolo fa dal Presidente Antonio Segni – e ripresi, di recente, dal Presidente Mattarella – quanto ai pericoli insiti nel mantenimento del semestre bianco, in grado di alterare «il difficile e delicato equilibrio tra i poteri dello Stato» e potenzialmente foriero di «gravi effetti»¹¹⁰: auspici che, dunque, meriterebbero di essere seriamente presi in considerazione dal legislatore, a 130 anni dalla nascita di quel lungimirante Presidente.

Dall'altro lato, invece, non sembra così stringente la necessità di evitare l'irrealistico «danno delle continuità personali proprie dei regimi ereditari e innaturali in un regime repubblicano»¹¹¹ attraverso l'introduzione di un divieto di rielezione del Capo dello Stato, specie a fronte dei fatti verificatisi nel 2013, di cui Antonio Segni non poteva certo tenere conto¹¹², ma che oggi, evidentemente, non ci si può permettere di ignorare, assumendo quale punto di riferimento il collaudato brocardo *salus rei publicae suprema lex esto*.

Se è vero, infatti, che «Il sabato è stato fatto per l'uomo e non l'uomo per il sabato»¹¹³ – e, dunque, trasferendo la celebre espressione evangelica anche nell'ambito della dimensione giuridica, che il diritto è «Concepito per l'uomo da parte di alcuni uomini, per durare nel tempo»¹¹⁴ – non appare coerente, oltre che opportuno, disfarsi di un'*utile possibilità*, ossia di uno strumento – quale la rieleggibilità del Presidente della Repubblica – che potrebbe scongiurare il protrarsi di un eventuale, più o meno grave momento di crisi sistemica, e contribuire (spesso, in modo determinante) ad agevolarne la risoluzione. Si tratta di un punto di vista certamente opinabile – ispirato più alla sostanza che alla forma, più al fine che al mezzo, più ai fatti che alle astrazioni¹¹⁵ –, ma che si propone di seguire la prospettiva che fu propria di Livio Paladin, il quale si fece autorevolmente (e condivisibilmente) fautore di un «progressivo e consapevole spostamento della scienza costituzionale dal terreno delle analisi normative a quello della misurazione delle dinamiche istituzionali, senza mai rinunciare al rigore delle categorie proprie del giurista»¹¹⁶. E sono proprio le dinamiche istituzionali – qui, più che altrove – a venire in gioco, e ad avvertire l'esigenza di essere preservate nella loro essenza e protette nel loro funzionamento, in ogni condizione e ad ogni costo¹¹⁷.

¹¹⁰ A. SEGNI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, cit., 6.

¹¹¹ A. SEGNI, *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, cit., 6.

¹¹² Del resto, anche L. PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, cit., 186, riteneva che la rielezione del Presidente della Repubblica, specie alla luce della «lunghezza del mandato», fosse «molto difficile se non del tutto impossibile»: ma la storia ha avuto un diverso corso.

¹¹³ *Mc*, 2, 27.

¹¹⁴ L'espressione è di M. BERTOLISSI, *Livio Paladin. Appunti riflessioni ricordi di un allievo*, Napoli, 2015, 102. Il corsivo non compare nel testo originale.

¹¹⁵ Del resto, è questo l'approccio preferibile là dove ci si ponga nella prospettiva di evitare il pericolo di «affrontare problemi istituzionali e costituzionali attuali alla luce di teorie e concetti, non tanto risalenti, quanto orientati in senso rigidamente normativistico, a tal punto da preconstituire una gabbia di ferro, all'interno della quale l'evoluzione di un sistema a poco a poco si trasforma in reazione, se non in rivoluzione»: così, M. BERTOLISSI, *Il Presidente della Repubblica e la crisi della forma di governo parlamentare*, cit., 499.

¹¹⁶ Così, nel ricordo dell'illustre costituzionalista, E. CHELI, *Introduzione* a L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 10.

¹¹⁷ Torna attualissima, a tal proposito, l'esortazione di E. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Gli aspetti storici degli squilibri regionali e l'articolazione dell'intervento pubblico*, in AA.VV., *Gli squilibri regionali e l'articolazione dell'intervento pubblico*, Milano, 1962, 271, che avvertiva: «non si tratta soltanto di creare delle istituzioni, degli strumenti nuovi di azione, ma di formare un ambiente per nuove iniziative, di educare delle forze politiche che trasformino le forme in sostanza, che ci portino al di là di strutture meramente giuridiche, meramente formali nel campo fecondo delle cose attuose, dei fatti, dai quali solo può scaturire una nuova realtà».

Lara Trucco

Diritti politici fondamentali: la Corte spinge per ampliare ulteriormente la tutela
(a margine della [sent. n. 48 del 2021](#))*

ABSTRACT: *The essay examines the decision of the Constitutional Court no. 48/2021 in which no violation of the right to passive electorate was found, while the lack of a judge in disputes arising in the preparatory phase of the elections was blamed.*

It is highlighted the restrictive approach of the Court to the institution of "verification of powers", aimed to limiting its effects to disputes relating to the validation of the admission titles of the elected, with a correlative expansion of the protection of political rights by the ordinary judges in the pre-election disputes (in particular, with regard the issues concerning the admission of lists or candidates). Hence the need for specific procedural rules, capable of ensuring an effective and timely electoral justice.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La “fase prodromica alla fase preparatoria delle elezioni”: la rilevanza “non concreta” e “non mera” della questione. – 3. Il (più ora) “evidente vuoto di tutela giurisdizionale” tra il “rappezzo” della Consulta ed il necessario intervento del legislatore. – 4. Il monito di Strasburgo: l’Italia “osservata speciale”.

1. Premessa

Alla [sentenza della Corte costituzionale n. 48 del 2021](#) ha dato impulso il Tribunale di Roma¹, lamentando il pregiudizio che, da un lato, l’elevato numero di minimo di sottoscrizioni da raccogliere per presentare le liste di candidati per l’elezione della Camera dei deputati (*ex art. 18-bis, c. 1 del T.U. Cam.*), e, dall’altro, la ristrettezza della platea dei soggetti esonerati dal corrispondente onere (*ex art. 18-bis, c. 2 del T.U. Cam.*) avrebbero recato alle facoltà dei ricorrenti di presentarsi e prendere parte alla competizione elettorale, vale a dire a profili essenziali del loro diritto di elettorato passivo.

In questo senso, mette conto di ricordare come la “formazione ed ammissione di liste e candidati” sia una fase delicata della complessiva procedura elettorale, in quanto prodromica alla stessa elezione, avendo dato luogo, a far data almeno dagli anni Novanta – in stretta corrispondenza, cioè, con l’indebolimento del tradizionale sistema dei partiti ed il prodursi di un clima politico oltremodo conflittuale –, ad un alto tasso di controversie, a fronte particolarmente dell’incertezza sull’organo deputato a definire il relativo contenzioso: se il giudice o il Parlamento in sede di verifica dei poteri (*ex art. 66 Cost.*), posta la diversa disciplina nell’uno e nell’altro caso.

Di qui la decisività, nel caso in esame, dell’*actio finium regundorum* compiuta *in limine litis* dalla Consulta, che ha «immediatamente precisato» l’estraneità della fattispecie alla sua attenzione dal contenzioso interno al procedimento preparatorio «per la semplice ragione» che, nel momento in cui il giudizio principale era stato promosso, le elezioni non erano ancora state indette (*ex art. 11 del T.U.*). In altri termini, la collocazione della vicenda nell’ambito, ancora, della “fase prodromica alla fase preparatoria” alle elezioni aveva radicato la giurisdizione nello stesso Tribunale di Roma, ponendo così le basi dell’ammissibilità della questione di legittimità costituzionale; diversamente, se ci si fosse già trovati nella “fase preparatoria” vera e propria, la carenza di giurisdizione in capo al giudice *a quo* ne avrebbe determinato l’inammissibilità, dato che, secondo l’interpretazione

* Pubblicazione effettuata ai sensi dell’art. 3, comma 12, del Regolamento della Rivista.

¹ Il Tribunale ordinario di Roma, con ordinanza del 1° settembre 2020, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell’art. 18-bis, commi 1 e 2, del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, di “Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati” (nel prosieguo: T.U. Cam.), per violazione degli artt. 1, secondo comma; 3; 48, secondo comma; 51, primo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione all’art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi il 20 marzo 1952.

prevalente che veniva data della norma costituzionale (cfr. *infra*, il §3), solo le competenti Giunte parlamentari avrebbero potuto rivolgersi alla Corte.

2. La “fase prodromica alla fase preparatoria delle elezioni”: la rilevanza “non concreta” e “non mera” della questione

Sempre sul piano processuale, altrettanto determinanti, in punto di ammissibilità della questione, sono state le motivazioni della Corte sull’“interesse ad agire” delle parti ricorrenti: profilo particolarmente critico, se solo si pensa alla difficoltà di dimostrare la sussistenza di un pregiudizio effettivo del diritto oggetto di accertamento nell’ambito di una vicenda, quale quella in oggetto, in cui le norme indubbiamente non solo non erano ancora state applicate, ma non sarebbero state neppure ancora applicabili, dal momento che, come si diceva, i comizi elettorali non erano ancora stati convocati (*ex art.* 11 del T.U.).

In questo quadro, pur senza menzionarla esplicitamente, la Corte sembra essersi rifatta alla propria più recente giurisprudenza in materia, presupponendo come ineludibile la possibilità di rivolgersi ad un giudice “senza incertezze” ed “in ogni momento”, allorquando si abbia a che fare con diritti costituzionalmente protetti, al fine di avere sufficienti garanzie di disporre di impianti normativi (spec. elettorali) scevri da dubbi di incostituzionalità ([sent. n. 35 del 2017](#)).

Considerato, dunque, che il presupposto della rilevanza non debba «necessariamente» identificarsi con l’utilità concreta «di cui le parti in causa potrebbero beneficiare a seguito della decisione di accoglimento»², si è all’evidenza proceduto nella direzione di un ulteriore allentamento del requisito di incidentalità del sindacato. E ciò senza pregiudizio della successiva dichiarazione di non fondatezza nel merito della questione, essendo stata ritenuta la disciplina censurata non solo «non manifestamente irragionevole», ma anzi idonea a conseguire un «interesse costituzionale al regolare svolgimento delle competizioni elettorali», nel quadro dell’«ampia discrezionalità che è attribuita al legislatore in materia»³.

È stata probabilmente proprio la considerazione della permanenza nel tempo della potenzialità lesiva della normativa in questione sino al momento della sua sicura applicabilità e la possibilità, su questa base, del presentarsi di “icocervi normativi” con l’applicazione di norme differenti a situazioni analoghe in ragione (talora puramente casuale) della fase di avanzamento della procedura (leggi, ancora: procedimento elettorale già avviato o meno) a portare, poi, la Corte a chiarire la necessità che l’interesse ad agire sussista avendosi riferimento al «momento in cui le censure vengono sollevate». Ciò, tra l’altro, nella percezione del rischio, rimarcato dalla stessa Consulta, di vedere compromessa la “rilevanza” della questione, e di riflesso, anche qui (cfr. *supra*, il §2) la decisione «sull’ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale», nel caso in cui ci si fosse trovati in una fase procedurale avanzata, di dominio parlamentare.

Se, poi, invece, sia stata la riscontrata presenza di una “zona d’ombra” a motivare l’allentamento della concretezza del giudizio di costituzionalità, se ne dovrebbe comunque ricavare il ridimensionamento dello schema della “rilevanza proceduralizzata” applicato in precedenza ([sent. n. 35 del 2017](#)) dato che, dei requisiti a cui si era allora (auto)vincolata la Corte nel motivare la sussistenza della rilevanza⁴ solo l’interesse ad agire, in sostanza, è stato ora preso in considerazione.

Ad ogni modo, può pensarsi che sia stata invece la consapevolezza di una eccessiva dilatazione del requisito della rilevanza, «fino al punto di diventare *mera occasio* per sottoporre a censura di legittimità costituzionale disposizioni che compongono il contesto normativo in cui è collocata quella direttamente applicabile alla controversia» a spingere la Corte, nell’affrontare la (seconda) questione

² Al riguardo, la Corte richiama le proprie precedenti sentt. [n. 20 del 2018](#), [n. 253](#) e [n. 174](#) del 2019, nonché [n. 254 del 2020](#).

³ Vengono richiamate, al riguardo, le sentt. della Corte EDU, rese nei casi [X. contro Austria](#) del 12 luglio 1976 (ric. n. 7008/75), [Asensio Serqueda c. Spagna](#) del 9 maggio 1994 (ric. n. 23151 del 1994), e [Ekoglasnost c. Bulgaria](#) del 6 novembre 2012 (ric. n. 30386 del 2005).

⁴ Ovverossia, al di là della presenza di una di una “zona franca”: interesse ad agire, nesso di pregiudizialità, “rilievo” costituzionale del diritto oggetto di accertamento)

relativa all'esonero della raccolta delle firme, ad assumere una posizione più stringente. È stata così chiarita l'inidoneità di mere prospettazioni della possibilità di «accoglimento della domanda» a soddisfare il requisito della rilevanza, tanto più se (come nel caso di specie), finalizzate ad una «complessiva trasformazione delle regole», considerandosi questo uno schema estraneo «alla logica del giudizio incidentale di legittimità costituzionale». Per diverso profilo, la Corte ha richiamato il ruolo dei rimettenti ai quali *in primis* incombe, specie nell'ambito di «azioni di accertamento» (cfr., *infra*, il §3), verificare la presenza dell'interesse ad agire (*ex art.* 100 cod. proc. civ.). Si è approdati così ad una dichiarazione di inammissibilità della questione per carenza di motivazione proprio sull'interesse ad agire dei ricorrenti nel giudizio *a quo*, essendosi accertato che già «in partenza» (cfr. *supra*, il §2) i ricorrenti nel giudizio principale non risultavano destinatari della norma indubbiata, col risultato di non rilevarvi nemmeno quella «utilità astratta» del giudizio, risultante, a questo punto, il livello minimo al di sotto del quale non è dato andare.

In quest'ultimo senso, il giudice costituzionale parrebbe essersi riservato una «via di uscita» rispetto ad un quadro processuale di cui intende mantenere tenacemente la regìa, restando, peraltro, da verificare se ne sarà interessata la sola materia elettorale o, invece e più probabilmente, ogni «zona franca» comunque sottesa all'«assetto democratico dell'ordinamento» ampiamente inteso, come del resto sembrerebbe dimostrare il caso di specie che, come accennato dalla Corte, avrebbe riguardato la «giustizia *tout-court*».

3. Il (più ora) “evidente vuoto di tutela giurisdizionale” tra il “rappezzo” della Consulta ed il necessario intervento del legislatore

Un vivace dinamismo della Corte si rileva anche nel riscontro alle «sollecitazioni» provenienti dall'Avvocatura dello Stato. Ci si riferisce, in particolare, all'ampio “inciso” che essa ha deciso di “aprire” – destinato verosimilmente a diventare un punto di riferimento per i temi della giustizia elettorale – a seguito del lamentato «macroscopico e manifesto» difetto giurisdizione del giudice *a quo* che si sarebbe dovuto riscontrare nella materia oggetto del sindacato (cfr. *supra*, il §2).

Nello specifico, ad essere stata presa di mira dalla difesa erariale è stata la corrente «lettura» estensiva del disposto costituzionale (art. 66 Cost.), che riconduce all'ambito parlamentare la spettanza esclusiva del potere di sindacare la regolarità di tutti gli atti pertinenti all'intera sequenza procedimentale elettorale⁵, a partire dalla fase preparatoria all'elezione, valorizzando, anche per questa via, l'idoneità del Parlamento ad essere e farsi “giudice delle elezioni” (cfr., in tal senso, Corte cost., [sent. n. 259 del 2009](#)). Decisivo è stato, dunque, il rovesciamento di un siffatto paradigma, con l'affermazione dell'inidoneità, invece, delle Giunte di Camera e Senato a garantire la necessaria imparzialità e indipendenza della propria “verifica” e, dunque, per l'appunto, ad essere e farsi giudici, derivandosene che «le controversie che precedono lo svolgimento delle elezioni politiche scontano un evidente vuoto di tutela giurisdizionale» con ripercussioni anche di fronte alle stesse Giunte delle Camere «pur ad elezioni avvenute».

Su questa base, seguendo ora un approccio distintivista e restrittivo (cfr., in tal senso, Corte cost., [sent. n. 259 del 2009](#), cit.) la Corte ha compiuto una ulteriore levigatura interpretativa della norma costituzionale sulla “verifica dei poteri” (*ex art.* 66 Cost.) “livellata” sulla sola «decisione circa le controversie relative ai titoli di ammissione dei propri componenti e perciò, deve intendersi, dei proclamati eletti, e solo di questi ultimi», in modo strettamente e direttamente funzionale a garantire l'autonomia delle Assemblee parlamentari (rifacendosi all'uopo, ai lavori dell'Assemblea costituente ed alla formulazione testuale del disposto stesso). Al contempo, una posizione continuista ed estensiva ha connotato l'espansione della procedura, sottraendosi definitivamente la fase preparatoria delle elezioni all'applicazione delle norme concernenti la fase successiva alla proclamazione degli

⁵ Cfr., *ex multis*, Corte cass., sez. un. civ., sent. del 6 aprile 2006 n. 8118 e n. 8119; Id., [sez. un., sent. 8 aprile n. 9151](#); nonché Cons. Stato, sez. III, 16 febbraio 2018, n. 999.

eletti per ricondurla alla fase prodromica alla fase preparatoria, garantendo così la vigenza di un regime normativo tendenzialmente comune (v. schema *infra*).

È stato poi ancora in replica ad un'eccezione dell'Avvocatura dello Stato, che la Consulta, riprendendo la giurisprudenza in cui aveva riconosciuto la natura di «diritto politico fondamentale dell'elettorato passivo, che l'art. 51 Cost. garantisce a ogni cittadino con i caratteri propri dell'inviolabilità *ex art. 2 Cost.*»⁶, ha (ri)allineato di esso la tutela con i diritti di elettorato attivo (meglio garantiti dopo le sentt. [n. 1 del 2014](#) e [n. 35 del 2017](#)), in una direzione quindi unitaria (ulteriormente) espansiva delle relative tutele (così distanziandosi dall'approccio distintivista che aveva portato l'Avvocatura dello Stato ad avvertire della «necessità di riservare il secondo diritto alla cognizione delle Camere»). Di qui, dunque, la considerazione che elettorato attivo e passivo debbono «coesistere e sorreggersi reciprocamente», laddove, dato che «al riconoscimento di un diritto deve necessariamente accompagnarsi la garanzia della sua tutela in sede giurisdizionale», nel solo giudice ordinario è da individuarsi ora il giudice “naturale” del segmento della procedura elettorale che va dalla fase prodromica a tutta quella preparatoria all'elezione.

In un siffatto «quadro in cui», al di là di quanto si è detto, «è la stessa Costituzione a disporre termini stringenti⁷», le maggiori problematicità riguardano l'individuazione di norme in grado di garantire la «tempestività» oltre che l'«effettività» della giustizia pre-elettorale. Questione tanto più rilevante specie per chi condivide l'idea che sia stata (anche) la mancanza di un rito *ad hoc* ad indurre i giudici – e particolarmente la stessa Cassazione – a ritrarsi dall'esame della materia. Ne è emersa l'invocata «necessità» di una disciplina legislativa e nel frattempo, al fine di evitare il permanere di un ambito immune dal controllo di costituzionalità, il rilancio dell'azione di accertamento (cfr. Corte cost., sentt. [n. 1 del 2014](#) e [n. 35 del 2017](#)) come «unico rimedio possibile per consentire la verifica della pienezza del diritto di elettorato passivo e la sua conformità alla Costituzione» anche nell'ambito di procedimenti sommari di cognizione (*ex art. 702-bis c.p.c.*)⁸.



4. Il monito di Strasburgo e la verifica dei poteri tra zone d'ombra, necessari interventi e possibili riforme

Pur senza essere stata evocata, anche la recente pronuncia resa dalla *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo (nel caso [Mugemangango c. Belgium](#))⁹ sembra aver sovrastato la camera di consiglio, al punto da portare la Corte a darvi implicitamente seguito, cercando di mettere al riparo l'Italia da

⁶ La Corte richiama, *ex multis*, le sentt. [n. 235 del 1988](#), [n. 571 del 1989](#), [n. 539 del 1990](#), [n. 344 del 1993](#), [n. 141 del 1996](#), [n. 160 del 1997](#), [n. 288 del 2007](#) e [n. 25 del 2008](#)).

⁷ Nello specifico, la Corte rileva l'obbligo (*ex art. 61 Cost.*) di svolgimento delle elezioni delle nuove Camere entro settanta giorni dalla fine delle precedenti

⁸ Dal che, ci pare, nulla impedirà ora ai giudici ordinari di occuparsi direttamente, nell'appropriato lasso di tempo, dell'esenzione della raccolta delle firme, sulla base, per il momento, dell'interpretazione data dalla Corte del quadro normativo di riferimento (spec. della «conseguente lettura» delle disposizioni di legge ordinaria che con l'art. 66 Cost. fanno sistema, e fra queste, soprattutto, dell'art. 87 del d.p.r. n. 361 del 1957»).

⁹ V. Corte EDU, *Gr. Ch.* del 10 luglio 2020, [Mugemangango c. Belgium](#) (ric. n. 310/15).

probabili condanne in materia, dato che, in quella vicenda processuale, era stato proprio un sistema di verifica dei poteri analogo al nostro ad essere stato censurato.

Del resto, nella medesima occasione, nell'affermare l'imprescindibilità di verifiche imparziali ed indipendenti dei procedimenti elettorali (spec. di ultima istanza), la Corte EDU nulla era porsa opporre, con riguardo alla situazione italiana, ad un possibile "riassetto" del sistema sulla base di un impianto "bifasico", secondo dunque quanto poi ora effettivamente avvenuto (cfr., *supra*, il §3)¹⁰. Ma se la soluzione individuata dalla Corte nella pronuncia in esame parrebbe rispondere alle istanze di tutela giudiziale del procedimento elettorale (con la possibilità, tra l'altro, di pervenire allo scrutinio con esiti tendenzialmente cristallizzati), resta però impregiudicata la questione dell'ammissibilità del "cono d'ombra" rappresentato dalla stessa verifica dei poteri parlamentare, per cui si tratterà di vedere se una forma "temperata" dell'istituto motivata dalla «necessità di garantire l'indipendenza del Parlamento» sarà reputata "accettabile in uno stato di diritto" (come affermato dal nostro giudice costituzionale)¹¹.

Su di un altro versante, se non dovrebbero restare rilevanti dubbi sull'estromissione, ormai, dal sindacato delle Camere della competenza a conoscere della violazione del diritto di elettorato passivo ed attivo nella fase antecedente alle elezioni «quando non si ragiona né di componenti eletti di un'assemblea parlamentare né dei loro titoli di ammissione», invece qualche incertezza potrebbe ancora riguardare le situazioni che possono innescarsi tra il momento della proclamazione e quello della convalida delle elezioni. A rinsaldare l'esigenza di tempestività della tutela giurisdizionale, spinge il rischio del presentarsi anche qui di "icocervi" competenziali proprio con riguardo alle situazioni a cavallo tra le due fasi finali del procedimento elettorale (va notato, al riguardo, il cenno fatto dalla Corte al regime di accertamento dell'incandidabilità previsto dalla cd. "legge Severino").

Per ulteriore profilo, si tratterà di vedere se ed eventualmente come la decisione in questione impatterà sullo stesso istituto della convalida degli eletti, la cui riconosciuta natura giurisdizionale potrebbe essere ora messa in discussione proprio dalla appurata mancanza di giudici *in loco* (non essendo escluso che possa affievolirsi, nel prossimo futuro, ad elemento meramente formale); potendo conseguirne un'espansione delle tutele anche oltre la proclamazione degli eletti. Del resto, a ben vedere, è lo stesso giudice costituzionale ad indicare nell'interpretazione "restrittiva" della norma costituzionale (art. 66 Cost.) la strada da seguire, essendo, come si ribadisce «la "grande regola" del diritto al giudice e alla tutela giurisdizionale effettiva dei propri diritti» una «scelta che appartiene ai grandi principi di civiltà del tempo presente».

Conclusivamente, ci si interroga sulla opportunità che un quadro così rischiarato dall'intervento della Corte EDU, ed oggi reso ancora più illuminato dal nostro giudice costituzionale costituisca oggetto di una riforma di più ampio respiro che conduca all'istituzione sollecitata da Strasburgo di *une instance juridictionnelle* di ultima istanza a presidio di tutte le fasi in cui si dipana la procedura elettorale. Ciò che, per vero, potrebbe risultare tanto più ineludibile se la Corte di cassazione non vorrà farsi persuasa della necessità di abbandonare la propria posizione inerziale dinnanzi a questo tipo di *politically sensitive issues*¹², mostrandosi sensibile all'impulso prodotto dalla Corte costituzionale con la sentenza in commento.

¹⁰ Sulla decisione, volendo, v. L. TRUCCO, *La verifica dei poteri torna (dal Belgio) a Strasburgo: ultimo avviso anche per l'Italia?* in *Quad. cost.* n. 4 del 2020 (in corso di pubblicazione).

¹¹ Così, ci si interroga, su come potrebbe essere risolto un caso analogo a quello portato a Strasburgo (v. *supra*), con la richiesta di riconteggio dei voti da parte di un candidato non eletto che lamentava irregolarità nella fase di conteggio.

¹² Cfr., *supra*, la nota 5.

Roberto Pinardi

**Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta
(note a margine di Corte costituzionale [sent. n. 41 del 2021](#))***

ABSTRACT: *The Author analyzes the innovative decision-making technique applied by the Italian Constitutional Court in the decision n. 41 of 2021, highlighting analogies and differences in comparison with similar argumentative schemes, the effects it produces over the legislator and the judicial organs, as well as some criticisms it arouses due to the lack of compliance with the incidental nature of judicial review of legislation.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La [sent. n. 41 del 2021](#). – 3. Un inedito modello di decisione costituzionale. – 4. Gli effetti della pronuncia in esame. – 5. Alcuni rilievi critici nei confronti della tecnica decisionale utilizzata dalla Corte. – 6. Per concludere: amministrazione della giustizia e tutela dei diritti fondamentali.

1. *Premessa.*

Che l'attuale stagione attraversata dalla giustizia costituzionale italiana sia caratterizzata da un elevato grado di “creatività” del giudice delle leggi è fenomeno noto e da più parti indagato. Essa esprime la tendenza della Corte costituzionale a far luogo a significativi scostamenti dai canoni che presiedono allo svolgimento dei giudizi di costituzionalità, facendo così prevalere l'”anima” politica del custode della rigidità costituzionale su quella giurisdizionale¹.

Un campo nel quale siffatta tendenza si manifesta in maniera particolarmente vistosa è la creazione di nuove tecniche decisionali² oppure l'utilizzo di modelli già sperimentati secondo modalità sempre più incisive. È il caso della recentissima [sent. n. 41 del 2021](#) cui sono dedicate le presenti note.

2. *La [sent. n. 41 del 2021](#).*

La Cassazione, con due distinte ordinanze, aveva impugnato gli articoli da 62 a 72 del d.l. n. 69 del 2013, come convertito, con modifiche, nella l. n. 98 dello stesso anno, nella parte in cui tale disciplina conferisce ai giudici ausiliari di appello lo *status* di componenti dei collegi delle sezioni delle corti presso cui operano come magistrati onorari.

La Consulta, dal canto suo, dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento, la storia della magistratura onoraria nel nostro ordinamento e l'esegesi dell'art. 106, commi 1 e 2, Cost. qual è ricavabile dalla sua consolidata giurisprudenza, conclude, senza alcun tentennamento, per la fondatezza delle doglianze *sub iudice*. Giacché l'art. 106 cit. traccia «un perimetro invalicabile della

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ Tra i molti Autori che hanno rilevato, pur con varietà di accenti ed argomenti, questa tendenza, cfr., tra gli studi di respiro monografico, C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; e D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020.

² Si pensi solo alle note pronunce in materia elettorale ([sentt. nn. 1 del 2014](#) e [35 del 2017](#)) che pongono seri problemi di armonizzazione tra azioni di mero accertamento ed accesso incidentale, oppure alla [sent. n. 10 del 2015](#), sulla cosiddetta *Robin Tax*, totalmente irretroattiva, o ancora alle pronunce manipolative, in materia penale, a rime “solo possibili” (a partire dalla [sent. n. 236 del 2016](#)) o infine al discusso modello decisionale inaugurato con il caso Cappato ([ord. n. 207 del 2018](#) e [sent. n. 242 del 2019](#)) e poi utilizzato, dalla Consulta, anche in occasione dell'[ord. n. 132 del 2020](#) (sul complesso di queste innovazioni giurisprudenziali la letteratura è veramente sterminata; sul primo, il terzo ed il quarto degli orientamenti menzionati cfr., da ultimi, i contributi contenuti in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020).

magistratura onoraria, identificata nella figura di un giudice monocratico di primo grado, il quale, unicamente a determinate condizioni e in via di supplenza, può anche partecipare allo svolgimento di funzioni collegiali di tribunale», mentre la disciplina impugnata ha introdotto una «nuova ed inedita figura di magistrato onorario [...] con l’assegnazione di funzioni attribuite a giudici – non già “singoli” [...] – ma tipicamente collegiali e di secondo grado», risultando, in tal modo, «del tutto fuori sistema» ed «in radicale contrasto» con il parametro costituzionale indicato³.

Senonché, a questo punto, invece di procedere all’adozione di una (semplice) declaratoria di illegittimità costituzionale, il ragionamento della Corte, nei punti 21, 22 e 23 del *Considerato in diritto*, si apre a considerazioni di più ampio respiro che riguardano l’impatto ordinamentale della sua pronuncia.

Il fatto è che, nel pensiero dell’organo di giustizia costituzionale, una sentenza meramente caducatoria, facendo venir meno, nell’immediato, il «significativo e apprezzato» apporto dei giudici in questione, avrebbe avuto conseguenze negative sul funzionamento delle corti d’appello, arrecando, quindi, «un grave pregiudizio all’amministrazione della giustizia»⁴. Per bilanciare gli interessi costituzionali in gioco si impone, dunque, secondo la Consulta, una diversa soluzione. Che la Corte individua⁵ in un utilizzo peculiare della «sperimentata tecnica della pronuncia additiva, inserendo nella normativa censurata un termine finale entro (e non oltre) il quale il legislatore è chiamato a intervenire», così da assicurare alla disciplina *de qua* «una temporanea tollerabilità costituzionale» e con essa evitare ripercussioni negative sull’efficienza della macchina giudiziaria.

Tale termine viene individuato facendo ricorso a quanto previsto dall’art. 32 del d.lgs. n. 116 del 2017, laddove viene stabilito il limite temporale entro il quale gli organi legislativi devono completare la riforma complessiva, che è attualmente *in itinere*, della magistratura onoraria (*id est*: 31 ottobre 2025). Si giunge così alla dichiarazione di illegittimità costituzionale degli articoli impugnati «nella parte in cui non prevedono che essi si applichino fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall’art. 32» cit.

3. *Un inedito modello di decisione costituzionale.*

Con l’odierna pronuncia, quindi, la Corte costituzionale non giunge ad annullare la disciplina scrutinata, pur dopo averne apertamente argomentato la piena ed attuale illegittimità, ma si limita, invece, ad inserire, nella stessa, un termine finale di vigenza. La Consulta, in altre parole, “riscrive” la normativa sottoposta al suo sindacato degradandola da disciplina stabile a disciplina meramente provvisoria della materia in oggetto. Ciò che le consente di non censurare una violazione (che è divenuta, a quel punto) temporanea del parametro costituzionale di giudizio e di conferire, pertanto, alla legge impugnata una sorta di certificato di “legittimità a tempo”, in nome della prevalente esigenza di non arrecare un grave pregiudizio all’interesse che verrebbe leso a seguito dell’adozione di una semplice pronuncia di accoglimento e che consiste nel buon andamento dell’amministrazione giudiziaria. Il tutto mediante il ricorso ad una sentenza di natura additiva che non mira – contrariamente a quanto usualmente praticato – a sanare, nell’immediato, il *vulnus* contestualmente accertato, quanto piuttosto a renderlo “sopportabile” limitandone la durata nel tempo.

Riecheggiano, in questo modo di decidere del giudice delle leggi, altri schemi argomentativi coi quali la Corte, ugualmente, non annulla la disciplina impugnata in ragione della sua “temporaneità”, ma che caratterizzano pronunce monitorie di rigetto. A conferma del fatto che la Consulta può utilizzare tipologie decisionali diverse per raggiungere il medesimo obiettivo e che dunque la

³ Le espressioni riportate tra virgolette si leggono tutte nel punto 19 del *Considerato in diritto*.

⁴ In termini punto 21 della motivazione in diritto.

⁵ Nel punto 23 del *Considerato in diritto*.

“fungibilità” tra una tecnica e l’altra è un fattore da tenere (sempre più) in considerazione⁶ nello studio della giurisprudenza costituzionale.

Così, analogie si riscontrano, a parere di chi scrive, con le sentenze di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»⁷. Anche con queste pronunce, infatti, la Corte “salva”, ma solo provvisoriamente, una normativa che viene riconosciuta come (attualmente) illegittima, piuttosto che accogliere le doglianze del giudice *a quo* e con questo privare l’ordinamento di una disciplina che viene reputata indispensabile allo scopo di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale. Più in particolare, in ipotesi siffatte, la Corte afferma, in motivazione, di ritenere meramente temporanea la legge impugnata – pur se adottata, si osservi, per valere stabilmente nel tempo – così da motivare il rigetto, altrettanto temporaneo, della *quaestio* esaminata. Qui, pertanto, quel che viene rinviato è l’accoglimento del dubbio *sub iudice*, in modo da dar tempo agli organi legislativi di rispondere positivamente ad una richiesta di intervento che viene fortemente sollecitato, e non viene, inoltre, stabilito alcun termine preciso di scadenza della disciplina censurata e (solo provvisoriamente) non annullata.

Qualche attinenza riscontro anche con le pronunce di «costituzionalità provvisoria»⁸. Ovvero, più precisamente, con quella *species* di tali decisioni⁹ con le quali la Corte, al fine di consentire al legislatore un riordino progressivo della materia di cui si tratta, dichiara “provvisoriamente costituzionale” una norma viziata in quanto, in questo caso, (intrinsecamente) transitoria. Con la differenza, tuttavia, di non secondario rilievo, che, nell’ipotesi della sentenza che qui si commenta, è il *dictum* del giudice delle leggi a trasformare, come s’è visto, la disciplina impugnata da permanente a temporanea allo scopo di raggiungere il medesimo risultato.

Ecco, quindi, che se è vero, come già evidenziato, che, in tutte e tre le ipotesi poste a raffronto, la Corte non annulla una disciplina illegittima facendo leva sulla sua “provvisorietà”, lo è altrettanto, tuttavia, che questa caratteristica della legge indubbiata, nel primo caso («rigetto con accertamento di incostituzionalità») è semplicemente affermata dalla Consulta nella parte motiva della sua pronuncia; nel secondo («costituzionalità provvisoria») connota propriamente la vigenza della normativa *sub iudice*; nel terzo, infine ([sent. n. 41 del 2021](#)), è il risultato, invece, di un intervento manipolativo che viene posto in essere dallo stesso organo di giustizia costituzionale.

Tra le molte pronunce richiamate dalla Corte allo scopo di avvalorare la tesi di una certa continuità con la sua giurisprudenza pregressa, l’unica che, a mio modo di vedere, mostra qualche analogia con la presente è la [sent. n. 13 del 2004](#). Le altre, invece¹⁰, pur muovendo dalla stessa esigenza di non provocare, mediante l’adozione di una sentenza di accoglimento *tout court*, un pericoloso “vuoto” nell’ordinamento normativo¹¹, si basano, però, su modelli decisionali marcatamente diversi, se non altro perché la pronuncia della Corte non rende affatto precaria la vigenza della legge impugnata, al fine di permetterne l’ulteriore applicazione, ma si risolve, piuttosto, in una caducazione della stessa immediata e totalmente irretroattiva.

Affine, invece – come dicevo – è il caso della [sent. n. 13 del 2004](#). Con la quale la Corte ha dichiarato illegittimo l’art. 22, comma 3, della legge finanziaria per il 2002 «nella parte in cui non prevede che la competenza del dirigente preposto all’Ufficio scolastico regionale venga meno quando le Regioni, nel proprio ambito territoriale e nel rispetto della continuità del servizio di istruzione, con

⁶ Come sottolineato da tempo da sensibile dottrina: cfr. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane Napoli 2013, spec. 158 ss.

⁷ Su cui cfr., volendo, anche per le opportune esemplificazioni, R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Giuffrè, Milano 1993, 89 ss.

⁸ Sui presupposti teorici, il modo di operare, i riferimenti di carattere comparato e le diverse *species* di cui si compone questo *genus* di decisioni costituzionali mi sia consentito rinviare a R. PINARDI, *La Corte*, cit., spec. 75 ss.

⁹ Per qualche esempio, v. le risalenti [sentt. nn. 513 del 1988](#), [112 del 1993](#), [200 del 1995](#) e [16 del 1996](#), ma anche, più di recente, le [sentt. nn. 108 del 2013](#), [100 del 2014](#), [161](#) e [173 del 2016](#) e [70 del 2017](#).

¹⁰ Ossia le [sentt. nn. 266 del 1988](#), [50 del 1989](#), [10 del 2015](#), [246 del 2019](#) e [152 del 2020](#).

¹¹ Esigenza che si manifesta, più precisamente, nel caso delle due prime sentenze citate nella nota precedente, «proprio con riferimento all’amministrazione della giustizia» (come sottolinea la Corte nel punto 22 del *Considerato in diritto*).

legge, attribuiscono a propri organi la definizione delle dotazioni organiche del personale docente delle istituzioni scolastiche»¹². Anche allora, infatti, la Corte, dopo aver evidenziato a chiare lettere l'illegittimità della normativa sindacata¹³, per un verso, ha evitato di annullarla, proprio per non provocare, con la sua decisione, una "lacuna" che avrebbe sortito «effetti ancor più incompatibili con la Costituzione»¹⁴; per l'altro, inoltre, ha inserito, nella stessa, tramite l'adozione di una pronuncia di natura additiva, una sorta di «clausola espressa di cedevolezza»¹⁵ che ne subordinava l'eliminazione al verificarsi di un accadimento – *rectius*: di più accadimenti – futuri ed incerti, quale l'intervento da parte dei vari legislatori regionali. Laddove oggi, al contrario, la Consulta ha potuto far leva, come s'è detto, su «un dato normativo già presente nell'ordinamento»¹⁶ e dunque su un termine finale di vigenza della disciplina censurata che è unico e certo in quanto positivamente previsto.

In definitiva, pertanto, con la [sent. n. 41 del 2021](#), la Corte determina la transitorietà di una legge (che è già) in contrasto con la Costituzione allo scopo di dichiararne la (provvisoria) "tollerabilità" costituzionale. La normativa impugnata, quindi, nonostante la sua acclarata incostituzionalità, rimarrà in vigore sino al 31 ottobre del 2025. Sicché solo allo spirare di tale termine (ed a meno, ovviamente, di un intervento antecedente da parte degli organi legislativi) verrà meno, con la perdita di efficacia della disciplina in parola, anche il *vulnus* costituzionale accertato. In questo modo l'operazione portata a termine dal giudice delle leggi gli consente di rinviare l'eliminazione della normativa censurata, introducendo una sorta di anomala *vacatio sententiae* (di modo che, sotto questo profilo, l'odierna sentenza può essere ricompresa nella categoria delle pronunce di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata», con le quali la Corte sposta in avanti l'inizio – e dunque modula gli effetti nel tempo – delle decisioni di incostituzionalità) tramite il ricorso ad una formula dispositiva tipicamente additiva (e dunque, per quest'aspetto, "manipolativa", sì, ma «nello spazio»)¹⁷. A testimonianza di quanto i confini tra le diverse *species* di strumenti decisori forgiati dall'organo di giustizia costituzionale risultino labili, giacché messi in costante tensione dall'irrefrenabile fantasia della Consulta nel creare sempre nuove soluzioni giurisprudenziali.

4. Gli effetti della pronuncia in esame.

Ma quali sono, più precisamente, gli effetti che discendono dalla sentenza in esame?
Distinguerai, a tal proposito, tra giudici e legislatore.

¹² Per un commento alla sentenza in parola si vedano ad esempio A. CELOTTO - G. D'ALESSANDRO, *Sentenze additive ad efficacia transitoria e nuove esigenze del giudizio in via principale*, in *Giur. cost.* 2004, 228 ss.; R. DICKMANN, *La Corte amplia la portata del principio di continuità*, in [Federalismi.it](#), 22 gennaio 2004; A. M. POGGI, *Un altro pezzo del «mosaico»: una sentenza importante per la definizione del contenuto della competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia di istruzione*, *ivi*; e P. MILAZZO, *La Corte costituzionale interviene sul riparto di competenze legislative in materia di istruzione e «raffina» il principio di continuità*, in *Le Regioni* 2004, 963 ss.

¹³ In quanto adottata in violazione del riparto di competenze quale definito dal nuovo Titolo V.

¹⁴ Consistenti, come viene ribadito (finanche) nel dispositivo della sentenza in esame (con il richiamo alla necessità di rispettare la «continuità del servizio di istruzione...»), nella sospensione del «funzionamento del servizio di istruzione che non a caso la l. n. 146 del 1990 qualifica, all'art. 1, servizio pubblico essenziale» (cfr., in tal senso, Corte costituzionale, [sent. n. 13 del 2004](#), punto 4 della motivazione in diritto).

¹⁵ Così si esprime M. MASSA, *Le norme cedevoli prima e dopo la riforma del Titolo V*, 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, 448.

¹⁶ Ritenuto «utile ad orientare» la propria decisione (e cioè il già citato art. 32 del d. lgs. n. 116 del 2017; le frasi riportate tra virgolette si leggono nel punto 23 del *Considerato in diritto*). Non entro nel merito della scelta compiuta, in proposito, dal giudice delle leggi anche se mi pare possibile affermare che se da un lato essa circoscrive il tasso di politicità che connota inevitabilmente, al riguardo, la sua decisione, dall'altro, tuttavia, essa apre alla possibilità di una lunghissima applicazione (oltre quattro anni e mezzo) di una normativa che viene già riconosciuta come attualmente incostituzionale (per alcune conseguenti considerazioni, cfr., *infra*, quanto evidenziato nel paragrafo conclusivo).

¹⁷ Cfr., per questa terminologia, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 192 ss.

Per quel che concerne quest'ultimo, non mi pare necessario argomentare in maniera particolarmente ampia ed approfondita per escludere che si possa parlare di una valenza giuridicamente cogente del termine fissato, dalla Corte, per il suo intervento¹⁸. Siamo in presenza, infatti, di un (semplice) monito¹⁹, che, per quanto rafforzato dalla prospettiva dell'automatico venir meno della vigenza della normativa censurata, riveste una forza persuasiva che rimane pur sempre confinata nel campo della *moral suasion*.

Si possono quindi ipotizzare due distinte (e principali) eventualità:

a) il legislatore interviene entro il termine indicato nel dispositivo e adotta, nell'ambito della più ampia riforma *in progress*, una nuova disciplina relativa ai giudici ausiliari d'appello. Questa, poi, com'è naturale, laddove non tenesse (sufficientemente) conto dei rilievi mossi nella [sent. n. 41](#) potrà sempre essere anch'essa sottoposta al vaglio del giudice delle leggi;

b) il legislatore rimane, viceversa, inerte, e in questa seconda ipotesi – contrariamente, si noti, a quanto avviene nel caso di moniti contenuti in pronunce di rigetto²⁰ – l'eliminazione del vizio riscontrato avverrà *ope sententiae*, dato che la formula dispositiva utilizzata dalla Corte fa sì che la normativa illegittima non possa più trovare applicazione dopo la scadenza del termine indicato. Certo, poi, al verificarsi di questa seconda eventualità, si riproporrebbe, stante l'immutato quadro normativo, il problema del pregiudizio che il venir meno della figura dei giudici ausiliari d'appello determina nei confronti del buon andamento della giustizia. Senonché, a quel punto, la responsabilità dell'accaduto ricadrebbe interamente sulle spalle (peraltro larghe) degli organi legislativi, incapaci di risolvere (*rectius*: prevenire) siffatto inconveniente nonostante l'ampio intervallo di tempo che è stato messo a loro disposizione dal *dictum* della Consulta.

Quanto ai giudici, invece, la Corte si sofferma a ribadire, a scanso di equivoci, quel che appare peraltro già chiaro dalla lettura del dispositivo adottato. E cioè che sino al 31 ottobre del 2025 «rimane – anche con riguardo ai giudizi *a quibus* – legittima la costituzione dei collegi delle corti d'appello» e dunque legittime le decisioni dagli stessi assunte. La Corte, quindi, in buona sostanza, mediante l'utilizzo della tecnica decisionale di cui si discute, circoscrive gli effetti caducatori che si sarebbero prodotti a seguito dell'adozione di una normale sentenza di accoglimento in maniera innovativa ed assai rilevante. Ottenendo, infatti – *uno actu*, si osservi – un risultato che, sotto il profilo dei suoi effetti, equivale, se ben si considera, a quello che avrebbe raggiunto rinviando la propria decisione al 31 ottobre del 2025²¹ ed in più adottando, in quell'occasione, una sentenza di accoglimento con clausola di irretroattività. Dato che il cessare della vigenza della normativa censurata avverrà secondo le normali regole che presiedono alla successione delle leggi nel tempo ed avrà quindi efficacia esclusivamente *pro futuro*.

5. Alcuni rilievi critici nei confronti della tecnica decisionale utilizzata dalla Corte.

Si giunge, così, a quella che, a mio modo di vedere, è la critica principale cui presta il fianco l'utilizzo del modello decisorio in esame. Critica che certo non può dirsi inedita, giacché avanzata, anche da chi scrive, nei confronti di altri esperimenti giurisprudenziali effettuati dal giudice delle leggi²², ma che ciò non di meno, a me pare, si prospetta, nel caso di specie, in termini ancora più stringenti di quanto posto in rilievo in passato.

¹⁸ E questo a prescindere, naturalmente, dalla cogenza che va invece ascritta al termine indicato dall'art. 32 del d.lgs. n. 116 del 2017 per quanto riguarda l'adozione di una riforma complessiva della magistratura onoraria.

¹⁹ Come già ricordato, infatti, il legislatore «è chiamato», dalla Consulta, «ad intervenire [...] entro (e non oltre)» il «termine finale» indicato.

²⁰ E quindi (anche) di «rigetto con accertamento di incostituzionalità» e di «costituzionalità provvisoria», per proseguire nel raffronto con questi due schemi di decisioni costituzionali.

²¹ Similmente a quanto è avvenuto nel caso Cappato con l'[ord. n. 207 del 2018](#); nonché, successivamente, anche con l'[ord. n. 132 del 2020](#).

²² Il riferimento è ad esempio al mio *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, in M. D'Amico - F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti:*

A prescindere, infatti, dal problema, più generale, della legittimazione del giudice delle leggi a disporre degli effetti delle sue decisioni e quindi del ruolo che in tal modo la Corte viene a svolgere nella nostra forma di governo²³, va rimarcata la circostanza che la tecnica decisionale che caratterizza la [sent. n. 41](#) produce, come appena evidenziato, una limitazione degli effetti nel tempo che si sarebbero prodotti a seguito dell'adozione di una normale sentenza caducatoria che equivale a quella causata da una pronuncia di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata» sommata ad una successiva decisione di accoglimento totalmente irretroattiva. Essa, pertanto, si espone ai rilievi che illustrerò tra un attimo e che sono comuni ad entrambi i modelli decisionali in parola, ma in misura (inevitabilmente) maggiore di quanto sia possibile argomentare nei confronti degli stessi separatamente considerati.

Il fatto è che, pur trattandosi di due tecniche decisionali non sovrapponibili²⁴, la Corte, in entrambi i casi, accerta la piena fondatezza della doglianza *sub iudice* anche in rapporto al momento in cui è sorto il rapporto giuridico di cui si discute nel giudizio principale, senza, però, che tale accertamento produca effetto alcuno all'interno del processo da cui ha preso materialmente avvio l'incidente di costituzionalità.

In ipotesi siffatte, in altre parole, la dimensione astratta del giudizio sulle *leges* finisce per prevalere in maniera assoluta sulla dimensione concreta dello stesso, impedendo, dunque, alla pronuncia della Corte di porsi (anche) al servizio degli *iura* e cioè di quelle situazioni giuridiche soggettive che risultano coinvolte nel giudizio *a quo*. Ciò che comporta, a mio avviso, dubbi sia in relazione all'esigenza di salvaguardare il diritto costituzionale di accesso alla giurisdizione sia in rapporto allo stesso carattere incidentale del controllo sulle leggi.

Sotto il primo profilo, infatti, mi pare possibile affermare che tecniche decisionali come quelle di cui si discute non si pongono in perfetta sintonia con quel diritto costituzionale ad agire in giudizio²⁵ che, secondo quanto argomentato dalla stessa Consulta, «non si lascia ridurre a mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni»²⁶. Mentre la Corte, in simili frangenti, disattende, con la sua decisione, le legittime aspettative di chi aveva correttamente eccepito l'esistenza di un *vulnus* costituzionale, tanto da ottenere, nella parte motiva della sentenza del giudice delle leggi, un esplicito riconoscimento della solida fondatezza delle sue pretese.

Non va sottaciuto, inoltre, che la giurisprudenza in esame pare disconoscere il carattere di pregiudizialità che riveste (meglio: deve rivestire) il dubbio di legittimità costituzionale. Giacché spezza quel legame funzionale tra processo costituzionale e giudizio *a quo* che è al contrario uno degli aspetti che meglio caratterizzano il tipo di controllo di costituzionalità qual è stato introdotto nel nostro ordinamento, con la scelta, operata dai Costituenti – tramite l'adozione dell'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 – a favore di un giudizio sulle leggi di natura incidentale.

Fragili, a me sembrano, gli argomenti che talvolta la Corte sviluppa assai succintamente, in senso contrario, in punto di rilevanza. Ricordo, ad esempio, a tal proposito:

a) che già nella [sent. n. 10 del 2015](#), la Consulta, allo scopo di avvalorare la tesi secondo cui l'adozione di una sentenza di accoglimento con clausola di irretroattività «non risulta inconciliabile con il rispetto del requisito della rilevanza», ha affermato che «tale requisito opera soltanto nei

istruttoria ed effetti delle decisioni. Atti del Convegno di Milano del 9-10 giugno 2017, Napoli, Editoriale scientifica 2018, spec. 464 e 471 ss. ed agli Autori ivi citati.

²³ Problema che, per la sua evidente complessità, non può che essere enunciato in questa sede (ne ho discusso, di recente, nel mio *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.* 2019, spec. 1928 ss.).

²⁴ Se non altro perché l'una si sostanzia in una pronuncia di rigetto o di inammissibilità con cui si rinvia il momento della dichiarazione del vizio accertato, mentre con l'altra la Corte accoglie nell'immediato la *quaestio* esaminata spostando, tuttavia, in avanti il giorno iniziale del prodursi degli effetti della sua decisione fino a farlo coincidere con la pubblicazione della stessa sulla Gazzetta ufficiale.

²⁵ Come efficacemente argomentato, per primo – in relazione a sentenze di accoglimento con efficacia *ex nunc* – da A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto a Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Giuffrè, Milano 1989, 53 ss.

²⁶ Cfr., in tal senso, Corte costituzionale, [sent. n. 26 del 1999](#), punto 3.1 della motivazione in diritto.

confronti del giudice *a quo* ai fini della prospettabilità della questione, ma non anche nei confronti della Corte *ad quem* al fine della decisione sulla medesima»²⁷;

b) che anche oggi²⁸ la Corte ribadisce che una modulazione «nel tempo» degli «effetti della decisione» non deve ritenersi «preclusa dall'eventualità che, in un giudizio incidentale, una dichiarazione di illegittimità costituzionale [...] risulti non essere utile, in concreto, alle parti nel processo principale, atteso che la rilevanza della questione va valutata, al fine della sua ammissibilità, al momento dell'ordinanza di rimessione».

Senonché, ritengo, il problema, in casi del genere, non è tanto quello del rispetto di uno specifico requisito di natura processuale, quanto piuttosto, più in generale, la stessa negazione che così si determina di uno degli elementi fondamentali su cui si basa la previsione ed il concreto funzionamento di un giudizio sulle leggi in via incidentale. A ben vedere, infatti, il ragionamento sulla rilevanza che la Corte sviluppa in simili frangenti, non viene svolto allo scopo di decidere sull'ammissibilità della questione scrutinata, quanto piuttosto con il diverso obiettivo di argomentare la legittimità di una limitazione degli effetti nel tempo di una pronuncia caducatoria. Ora, è proprio quest'ultimo elemento che risulta criticabile nella misura in cui una soluzione del genere fa venir meno, per l'appunto, la necessaria pregiudizialità fra processo costituzionale e giudizio principale, dovendo invece ritenersi che i dubbi sollevati dal giudice rimettente debbano trovare una risposta coerente con lo *status* della normativa impugnata quale effettivamente accertato dalla Consulta nel corso del suo giudizio.

6. *Per concludere: amministrazione della giustizia e tutela dei diritti fondamentali.*

Un'ultima brevissima annotazione che riguarda il merito del bilanciamento effettuato dal giudice delle leggi.

La Corte, come s'è visto, giunge alla sua innovativa soluzione giurisprudenziale bilanciando, tra loro, gli interessi costituzionali in gioco. E dunque ritenendo prevalente l'esigenza di non arrecare «pregiudizio all'amministrazione della giustizia e quindi alla tutela giurisdizionale, presidio di garanzia di ogni diritto fondamentale».

Tuttavia, se quanto ho cercato di argomentare nelle pagine precedenti corrisponde (anche solo parzialmente) a verità, manca, a me pare, in questa parte del ragionamento sviluppato dalla Consulta un elemento che risulta, viceversa, non trascurabile. E che consiste, più precisamente, nella mancata tutela giurisdizionale che la sua pronuncia determina a danno dei diritti delle parti dei giudizi *a quibus* nonché di tutti coloro che verranno giudicati, nei prossimi anni, da collegi delle sezioni di corte d'appello in cui siedano anche giudici ausiliari.

Da quest'ultimo punto di vista, anzi, ci si potrebbe chiedere se una sentenza adottata da un organo giurisdizionale la cui composizione risulta – per stessa recisa affermazione del giudice delle leggi – «del tutto fuori sistema» ed «in radicale contrasto» con il dettato costituzionale, non provochi, di per sé, un significativo pregiudizio proprio a danno di quella stessa erogazione del “servizio giustizia” che si intende, viceversa, preservare. Giacché l'efficienza dello stesso non dipende, come mi pare evidente, solo dallo stanziamento di adeguate risorse all'uopo dedicate, ma anche (e forse ancor prima) dalla fiducia che in esso ripongano i cittadini coinvolti in liti giudiziarie. Con il che, a mio avviso, non resta che auspicare un intervento risolutivo da parte degli organi legislativi, che forse è ingenuo ma lecito sperare si verifichi in tempi assai brevi.

²⁷ In termini Corte costituzionale, [sent. n. 10 del 2015](#), punto 7 del *Considerato in diritto*.

²⁸ Nel punto 22 della motivazione in diritto.

Antonio Ignazio Arena

Questioni procedurali sull'approvazione delle leggi di cui all'art. 116, comma 3, Cost.*

Abstract: The paper is dedicated to the interpretation of procedure under article 116, par. 3, It. Const. It is argued that this procedure concerns only the ordinary regions and not only the legislative functions. Negotiations are initiated and concluded by executives, but a decisive role could be played by the legislatures through their directives. It is up to the regional legislature to present the proposal, while the national legislator decides whether to approve the act. It is finally argued that the opinion of local authorities should be expressed to Parliament (in the perspective of a synergy between the “municipalist” and the “regionalist” model of relationship between different levels of government).

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sfera soggettiva di applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost. – 3. La sfera oggettiva di applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost. – 4. L'avvio delle trattative e la stipula dell'intesa. – 5. L'iniziativa legislativa. – 6. Il ruolo del Parlamento. – 7. Il parere degli enti locali.

1. Introduzione

Negli ultimi anni¹, come noto, diverse regioni (part. Veneto, Lombardia, Emilia-Romagna²) hanno avviato trattative con lo Stato per addivenire alla conclusione di intese secondo quanto prevede l'art. 116, comma 3, Cost.³. Il 22 ottobre 2017 si sono svolti due *referendum* consultivi, in Lombardia e in Veneto⁴, in relazione alla scelta di attivare le procedure di cui all'art. 116, comma 3, Cost.. Il 28 febbraio 2018 sono stati conclusi, tra lo Stato e alcune regioni, dei “preaccordi” (Accordi preliminari sull'autonomia differenziata), tuttavia privi di “efficacia vincolante”⁵. Tali sono anche le bozze di intesa del 25 febbraio e del 15 maggio 2019⁶. Il contenuto di questi “preaccordi” ha destato perplessità. Si sono avute vivaci reazioni a livello istituzionale e politico da parte di alcune altre regioni, preoccupate che il processo di differenziazione possa tradursi in un accrescimento del divario economico tra Nord e Sud del Paese⁷. D'altronde le “potenzialità” insite nella prospettiva del

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Sulle iniziative precedenti (a partire da quella della Toscana del 2003), v. la sintesi offerta da A. D'ATENA, *L'art. 116, u.c., Cost. alla prova dell'applicazione. Profili procedurali*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1 del 2018, 185 ss.

² Manifestazioni di interesse si sono avute, però, anche da parte di molte altre regioni.

³ Sulla mancanza di trasparenza nelle trattative v. A. SAITTA, *Audizione resa il 13 giugno 2019 innanzi alla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale sull'attuazione e le prospettive del federalismo fiscale e sulle procedure in atto per la definizione delle intese ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4 del 2019, 57.

⁴ Come noto, le norme relative ai quesiti previsti dalle leggi della regione Veneto 19 giugno 2014, nn. 15 e 16 sono state dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale ([sent. n. 118 del 2015](#)). I quesiti si riferivano all'ipotesi di trasformazione del Veneto non solo in regione speciale, ma anche in una “Repubblica indipendente e sovrana”. La Corte ha “salvato” solo il quesito relativo alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'art. 116, comma 3, Cost. Sul rischio che, in termini politici, i *referendum* consultivi generino “aspettative eccessive” v. M. COSULICH, *Regioni ed enti territoriali*, in *Enc. it.*, Il libro dell'anno del diritto, 2019, 252.

⁵ M. CARLI, *Vizi e virtù dei referendum consultivi in Lombardia e in Veneto*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3 del 2017, 7; S. MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *Diritti Regionali*, n. 3 del 2020, 258.

⁶ Sulle quali, v. M. CARLI, *Il regionalismo differenziato come sostituto del principio di sussidiarietà*, in *Federalismi.it*, n. 21 del 2019, 7 ss., nonché P. COSTANZO, *Quale regionalismo differenziato? Note per una discussione*, in *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, a cura di Cristina Bertolino, Tanja Cerruti, Marco Orofino, Annamaria Poggi, Napoli, 2020, I, 108 ss.

⁷ Cfr. M. CARLI, *Il regionalismo differenziato come sostituto del principio di sussidiarietà*, cit., 3. Sul tema dell'eguaglianza tra le regioni, v. G. D'AMICO, *Regionalismo differenziato, sistema finanziario e specialità regionale*, in C. Bertolino, A. Morelli, G. Sobrino (curr.), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, Torino, 2020, 112 ss.

regionalismo differenziato, nel senso dell'*adaequatio rei et iuris* e quindi del superamento di un'omogeneità spesso priva di giustificazioni, sono state ampiamente sottolineate dalla dottrina⁸.

L'emergenza sanitaria del 2020 sembrerebbe aver allontanato la conclusione delle intese e determinato un complessivo ripensamento sull'opportunità dell'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.⁹. Tuttavia, in primo luogo, il tema della differenziazione delle regioni potrebbe tornare di stretta attualità a seguito della formazione del Governo Draghi, se non altro per l'importanza che a esso annettono specialmente alcune delle forze politiche che in Parlamento lo sostengono. In secondo luogo, in vero, pare scorretto inferire da situazioni molto peculiari, come quelle vissute nel 2020, considerazioni di ordine generale in merito all'opportunità di procedere alla differenziazione (o "specializzazione", se si preferisce¹⁰) delle regioni¹¹; e, comunque, potrebbe pure trarsi una morale, per così dire, "regionalista" dalle vicende del 2020, essendo (ri-)emersa (almeno anche) l'importanza della divisione verticale del potere, «elemento di bilanciamento e di garanzia rispetto all'accentramento dei poteri nel Governo»¹².

In questo scritto, ad ogni modo, non mi soffermo sui profili relativi al possibile contenuto delle intese e quindi sui limiti sostanziali posti dalla Carta alla differenziazione dell'autonomia delle regioni.

Mi occupo, invece, degli elementi che caratterizzano il procedimento delineato dall'art. 116, comma 3, Cost. (quali l'intesa, l'iniziativa regionale, il parere degli enti locali...), anche in rapporto ad altri procedimenti con i quali può essere utile un raffronto (es. altri procedimenti "inter-livello"¹³; procedimenti legislativi presupponenti un'intesa; procedimento di formazione delle leggi costituzionali).

Benché non esista in proposito unanimità di vedute, va segnalato che l'assenza di una legge volta a integrare e chiarire alcuni aspetti del procedimento di cui all'art. 116, comma 3, Cost. (cui anche nella XVIII Legislatura si è proposto di porre rimedio¹⁴) potrebbe essere considerata problematica. Tale assenza – unitamente alla mancanza di previsioni attuative nei regolamenti parlamentari¹⁵ – se non rende impossibile porre in essere il procedimento stesso¹⁶, comunque crea non poche incertezze all'interprete (incertezze che neppure la prassi sembra avere compiutamente superato).

⁸ Per tutti v. L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in [Rivista AIC](#), n. 2 del 2017, 39 (ma v. anche ID., *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2001, 183 ss.).

⁹ Cfr. M. COSULICH, *Le differenziazioni come sfida all'uniforme regionalismo italiano*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), n. 3 del 2020, 149 ss.

¹⁰ In realtà, il termine "specializzazione" incorpora l'"auspicio" che la differenziazione di cui all'art. 116, ult. com., possa realizzare (ciò che in atto ancora non si è avuto) un superamento del regime duale (regioni ordinarie/regioni speciali) verso un sistema di specialità diffusa: cfr. T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2019, 24.

¹¹ A. RUGGERI, *Autonomia e unità-indivisibilità della Repubblica: il modello costituzionale alla prova dell'emergenza*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 3 del 2020, 149.

¹² G. RIVOSECCHI, *Divisione dei poteri, relazioni tra Stato e regioni e ruolo del Parlamento ai tempi del coronavirus*, in [Diritti Regionali](#), n. 3 del 2020, 643.

¹³ Per riprendere L. D'ANDREA, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in C. Russo Ruggeri (cur.), *Studi in onore di A. Metro*, II, Milano, 2010, 121 ss. L'espressione "inter-livello" serve a esprimere (meglio di quella più comune, "multi-livello"), il fatto che il tratto caratteristico dell'assetto istituzionale contemporaneo non risiede tanto nell'esistenza di più livelli di governo del territorio, ma nella centralità delle relazioni *tra* di essi intrattenute (e che un numero sempre crescente di articolazioni procedurali rispecchia).

¹⁴ Cfr. COMMISSIONE PARLAMENTARE PER LE QUESTIONI REGIONALI, *Audizione del Ministro per gli Affari regionali e le autonomie, Francesco Boccia, sulle linee programmatiche nelle materie di sua competenza*, resoconto stenografico della seduta di mercoledì 12 febbraio 2020, 3 ss.

¹⁵ M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in [Federalismi.it](#), n. 6 del 2019, 24 s.; 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](#), n. 2 del 2019, 7.

¹⁶ La necessità di una legge di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. per potere avviare il procedimento del quale qui si discute (pur non volendola intendere nei termini di un vero e proprio "obbligo costituzionale") è stata affermata da A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, n. 1 del 2007, 154, che ha sottolineato come, nella prospettiva della Carta, «proprio il maggior tasso di autonomia che attraverso il regionalismo differenziato viene iniettato nel sistema costituzionale richiede prestazioni in termini di unità».

Naturalmente non ho la pretesa di affrontare gli aspetti procedurali relativi alla formazione delle leggi di cui all'art. 116, ult. comma, Cost. in modo esaustivo¹⁷. Vorrei soltanto offrire un contributo, per quanto modesto, all'interpretazione di quest'ultima disposizione costituzionale.

2. La sfera soggettiva di applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost.

Prima di iniziare l'esame del procedimento di cui all'art. 116, ult. comma, Cost., sono necessarie alcune considerazioni relative alla sfera soggettiva e oggettiva di applicazione dello stesso.

Benché vi sia disparità di vedute in proposito, a me pare che, quanto alla sfera soggettiva, la legge di cui all'art. 116, comma 3, Cost. possa ampliare¹⁸ le competenze delle sole regioni *ordinarie*, come si desume dall'espressione «altre Regioni», dovendosi intendere “altre” rispetto a quelle indicate nei commi precedenti (le cinque regioni speciali)¹⁹. Non è possibile, secondo me, addivenire a una diversa conclusione sulla base dell'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001. Ciò non tanto perché l'art. 116, comma 3, Cost., introdotto dalla medesima legge n. 3 del 2001, esprimerebbe una norma speciale rispetto a quella generale di cui all'art. 10 cit. E neppure perché quest'ultimo si riferirebbe alla disciplina costituzionale prevista in generale per le regioni ordinarie e non alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia che possono essere acquisite dalla singola regione²⁰. Piuttosto in quanto la possibilità di usufruire del procedimento di cui all'art. 116, ult. comma, Cost. non costituisce una condizione di maggior favore. In nessun caso l'autonomia delle regioni ordinarie, in termini di competenze, può superare quella delle regioni speciali, ma il fatto che le regioni speciali non possano prender parte al procedimento di cui all'art. 116, comma 3, Cost. di per sé non rende la loro posizione deteriore rispetto a quella delle regioni ordinarie.

Si potrebbe obiettare, però, che le regioni speciali possono ricorrere anch'esse al procedimento di cui all'art. 116, comma 3, Cost.; e che le valutazioni relative al rispetto della clausola di “maggior favore” vengono svolte materia per materia. Potrebbe dunque non escludersi che il regionalismo differenziato possa rendere, in una certa materia, deteriore la posizione delle regioni speciali. In questa prospettiva, però, la presenza di regioni speciali, a mio avviso, rischierebbe di perdere significato. A ragionar così, infatti, si tenta in via di interpretazione di avvicinare il sistema

Una legge di attuazione è considerata non necessaria, ma opportuna da E. BALBONI, L. BRUNETTI, *Il ruolo del CAL nell'applicazione dell'art. 116, ultimo comma, Cost., con particolare riferimento al caso della Lombardia*, in *Le Regioni*, n. 1 del 2011, 219. *Contra* M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni di autonomia regionale nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 26 marzo 2011, 146 s. Considera contestabile che vi sia spazio per una simile legge cornice A. D'ATENA, *A proposito della “clausola di asimmetria” (art. 116, u.c. Cost.)*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2020, 332. Perplexità anche in G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso?*, cit., 11 e in O. CHESSA, *Autonomia negativa, autonomia positiva e regionalismo differenziato: come uscire dalla crisi del principio autonomistico*, in J.M. Castellà Andreu, S. Pajno, G. Rivosecchi, G. Verde (curr.), *Autonomie territoriali, riforma del bicameralismo e raccordi intergovernativi. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2018, 179 ss.

¹⁷ In particolare, non sarà possibile chiarire se con la legge di cui all'art. 116, comma 3, Cost. si realizzi una modifica del sistema costituzionale “per vie diverse” da quelle previste dall'art. 138 Cost. o una mera devoluzione legislativa (spero comunque di potermene occupare in un prossimo scritto). Non potrà neppure essere affrontato il tema delle deleghe al Governo volte all'adozione di atti normativi o alla definizione di intese minori, di semplice esecuzione-attuazione.

¹⁸ Sembra contraddittorio che possa ridurle: così E. GIANFRANCESCO, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, in questa *Rivista*, *Studi* 2020/I, 15. *Contra* A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., 177.

¹⁹ Così A. D'ATENA, *A proposito della “clausola di asimmetria”*, cit., 317; v. anche A. RUGGERI, C. SALAZAR, *La specialità regionale dopo la riforma del Titolo V. Ovvero dal “lungo addio” al regionalismo del passato verso il “grande sonno” del regionalismo “asimmetrico”?* in *Rassegna parlamentare*, n. 1 del 2003, 88; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, 2007, 96. *Contra* S. MANGIAMELI, *L'autonomia regionale speciale nella riforma del titolo V della Costituzione*, in G. Berti, G.C. De Martin (curr.), *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, Milano, 2001, 143 ss.; A. MORELLI, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in *Diritti Regionali*, n. 3 del 2019, 13 s. Si v., però, anche ID., *Art. 116*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (curr.), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, II, Bologna, 2018, 328 ss.

²⁰ Tali argomenti in A. D'ATENA, *A proposito della “clausola di asimmetria”*, cit., 318.

costituzionale vigente a un modello di differenziazione diffusa, nel quale passa in secondo piano la distinzione tra regioni speciali e regioni ordinarie. Pertanto, tra le due impostazioni, mi sembra da preferire quella che limita l'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost. alle sole regioni ordinarie. Essa sembra maggiormente conforme a diritto positivo, anche se si comprendono le ragioni sottostanti all'altra impostazione.

3. La sfera oggettiva di applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost.

La devoluzione di cui all'art. 116, comma 3, Cost. è solo apparentemente limitata alle competenze legislative. L'estensione delle competenze legislative delle regioni ordinarie, ove realizzata, potrebbe determinare infatti, per così dire simmetricamente, un ampliamento anche della potestà regolamentare regionale. Ciò in quanto essa spetta allo Stato solo nelle materie di potestà legislativa esclusiva, salva delega alle regioni. È chiaro che l'attribuzione a queste ultime di nuove competenze legislative, in precedenza in materie di pertinenza esclusivamente statale, deve comportare per la regione beneficiaria più ampi margini d'intervento anche tramite regolamenti²¹. Dunque, le trattative tra regioni ordinarie e Stato *non* avranno a oggetto "soltanto" competenze legislative.

Inoltre, l'ampliamento delle competenze potrebbe dirsi non riguardare soltanto la potestà legislativa e regolamentare, ma coinvolgere pure le attribuzioni amministrative²². Ciò è stato sostenuto, tra l'altro, in quanto la formulazione della disposizione lo consentirebbe e anche perché in alcune materie questo potrebbe rivelarsi indispensabile (es. tutela dell'ambiente). E, ancora, perché il conferimento di funzioni amministrative mediante la legge di cui all'art. 116, comma 3, Cost. risponderebbe comunque a una logica (come minimo) non dissonante rispetto a quella di cui all'art. 118.

4. L'avvio delle trattative e la stipula dell'intesa

Si riscontrano modi diversi di richiesta d'inizio delle trattative da parte delle regioni interessate.

In alcuni casi, discutibilmente, si è deliberato di presentare, prima della conclusione dell'intesa, una proposta di legge in Parlamento (così, ad es., il Veneto²³); ciò è improprio in quanto la decisione di presentare una proposta di legge *ex art.* 116, comma 3, Cost. presuppone che sia stata già raggiunta un'intesa. In altri casi, da parte dei Consigli regionali, si sono avute delle risoluzioni preordinate all'esercizio dell'iniziativa, ma indirizzate ai Presidenti di Giunta regionale perché intraprendessero la strada delle trattative (es. Lombardia²⁴).

Mi pare si possa affermare che gli organi abilitati a iniziare le trattative siano gli esecutivi. Possono condurle il Presidente del Consiglio dei ministri e il Presidente della Giunta regionale, con la

²¹ E. BALBONI, L. BRUNETTI, *Il ruolo del CAL nell'applicazione dell'art. 116, ultimo comma, Cost.*, cit., 213.

²² 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*, n. 4 del 2017, 761 s.; E. GIANFRANCESCO, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, cit., 35 ss.; S. MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, cit., 261; A.M. POGGI, *Gli ambiti materiali e i modelli organizzativi della differenziazione regionale*, in C. Bertolino, A. Morelli, G. Sobrino (curr.), *Regionalismo differenziato e specialità regionale*, cit., 85 ss., part. 97 s.

²³ Cfr., ad es., Deliberazione del Consiglio regionale n. 155 del 15 novembre 2017. In verità, il Veneto – prima del referendum – con delibera della Giunta n. 315 del 16 marzo 2016 aveva inviato una richiesta di inizio trattative al Dipartimento degli Affari regionali, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri; dopo il referendum, si sono avuti i decreti del Presidente della Giunta regionale 26 ottobre 2017, n. 176 e 15 novembre 2017, n. 186, di costituzione della "delegazione trattante"; unitamente alla deliberazione del Consiglio regionale relativa all'esercizio dell'iniziativa legislativa, si è avuta, da parte dello stesso Consiglio regionale, la deliberazione 15 novembre 2017, n. 154, con la quale è stato conferito mandato al Presidente per le trattative.

²⁴ Es. la Risoluzione del 7 novembre 2017, n. 97, "concernente l'iniziativa per l'attribuzione alla Regione Lombardia di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione".

collaborazione di ministri, sottosegretari, assessori a ciò delegati²⁵; pare necessaria a livello nazionale, auspicabile a livello regionale, la deliberazione favorevole dell'organo collegiale (Consiglio dei ministri, Giunta) prima della sigla dell'intesa²⁶. L'opposta soluzione, per la quale l'intesa andrebbe ricercata tra legislativi, desta perplessità perché presuppone interpretazioni del procedimento giustamente criticate, spesso anche per la loro farraginosità²⁷.

A mio avviso, non si può intendere che, presentata una proposta di legge dal Consiglio regionale, e approvata senza emendamenti dal Parlamento, l'intesa tra Stato e regione sia in *re ipsa*²⁸. Tale tesi è stata sostenuta nei termini di una lettura sistematica dell'art. 116, comma 3, Cost., che tenga conto dell'art. 121 Cost. (oltreché del ruolo del Parlamento). L'art. 116, ult. comma, «farebbe proprio riferimento al fatto che la Regione, e precisamente il suo Consiglio, elabori e deliberi una proposta di legge, da trasmettere alle Camere, le quali potranno approvare senza emendamenti, e in tal caso l'intesa tra lo Stato e la Regione interessata sarà *in re ipsa*, essendoci accordo su un medesimo testo». Se questo fosse vero, però, allora tutte le proposte di legge approvate senza emendamenti sarebbero leggi approvate sulla base di intesa. Cioè ogni proposta di legge sarebbe una proposta di intesa. Neppure mi convince l'argomento per il quale se l'intesa non fosse stretta dai legislativi saremmo di fronte a qualcosa di improprio, in quanto gli esecutivi si accorderebbero sull'assetto futuro delle competenze a essi non spettanti²⁹. Tale argomento è stato difeso in quanto a ritenere che l'intesa debba essere stretta dagli esecutivi si assumerebbe erroneamente la volontà di questi ultimi coincidente con quella della maggioranza parlamentare/consiliare. Non è detto però che l'affermazione per la quale l'intesa deve essere stretta dagli esecutivi ospiti una simile convinzione. Inoltre, a ragionare in questa direzione, bisognerebbe giudicare improprio che sia il Governo a condurre e (decidere di) concludere le trattative relative alla stipula di un trattato internazionale. Pure un trattato internazionale incide, infatti, sulle competenze legislative in quanto tanto il legislatore statale quanto quello regionale sono vincolati al rispetto del contenuto del trattato.

Non pare da condividere la tesi³⁰ che vorrebbe la dissociazione tra la proposta di iniziare le trattative, rimessa al Consiglio regionale, e la conduzione delle trattative da parte della Giunta, fermo che il Consiglio regionale può approvare atti d'indirizzo per orientare l'azione dell'esecutivo regionale. La tesi predetta è stata sostenuta in quanto si assume (in maniera condivisibile: v. *infra*) che sia il Consiglio regionale a presentare la proposta di legge in Parlamento, ma da questa premessa non segue (almeno non necessariamente) la conclusione che si vorrebbe. Infatti, non è indispensabile che sia stato il Consiglio a decidere di iniziare le trattative perché questi possa poi esercitare l'iniziativa. In altre parole, se l'esecutivo regionale vuol avviare le trattative non ha *necessità* di attendere un atto d'indirizzo da parte del Consiglio.

È stato ritenuto criticabile in dottrina che la firma di preaccordi si sia avuta da parte del Governo in regime di *prorogatio*; la linea di pensiero è che si tratta in questi casi di scelte di indirizzo politico che eccedono l'ordinaria amministrazione³¹. *A fortiori* questo dovrebbe dirsi in merito alla firma delle vere e proprie intese.

Sembra da ammettersi l'eventualità di un'intesa "pluriregionale", e cioè che coinvolga lo Stato, da una parte, e più di una regione, dall'altra³². L'intesa pluriregionale potrebbe essere utile per regioni confinanti (specie con territorio non particolarmente esteso e popolazione relativamente ridotta) che presentino rivendicazioni contenutisticamente omogenee. In tal senso milita anche l'accostamento,

²⁵ Un ruolo importante può avere – come anche la prassi pare suggerire – il Dipartimento Affari regionali della Presidenza del Consiglio dei ministri, anche per l'interlocuzione con le amministrazioni regionali direttamente interessate dal processo di differenziazione.

²⁶ Con riferimento al livello nazionale, così A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., 172.

²⁷ Cfr. A. D'ATENA, *A proposito della "clausola di asimmetria"*, cit., 321.

²⁸ Così invece O. CHESSA, *Autonomia negativa, autonomia positiva e regionalismo differenziato*, cit., 181.

²⁹ O. CHESSA, *Autonomia negativa, autonomia positiva e regionalismo differenziato*, cit., 182.

³⁰ M. CARLI, *Vizi e virtù dei referendum consultivi in Lombardia e in Veneto*, cit., 2.

³¹ 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 del 2018, 4.

³² E. GIANFRANCESCO, [L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.](#), cit., 17.

in via di interpretazione, all'art. 116, comma 3, dell'art. 117, comma 8, Cost. L'intesa *tra le* regioni potrebbe precedere quella *delle* regioni, accordatesi tra loro, con lo Stato. Questa appena riferita è un'ipotesi da distinguere da quella di una standardizzazione del contenuto delle intese, la quale pare in contraddizione con la logica sottesa al procedimento di cui all'art. 116, comma 3, Cost. D'altra parte, quest'ultima è una valutazione che si colloca sul piano politico³³. Non sembra invece problematica (anche se è diseconomica) l'ipotesi di intese plurime tra una regione e lo Stato³⁴.

Non esiste obbligo da parte del Governo di iniziare le trattative. Quella proveniente dal Presidente della Giunta regionale è una richiesta. Il Governo ha semplicemente obbligo di rispondere, positivamente (iniziando le trattative) o negativamente (non iniziandole). Si può osservare qui un'analogia con quanto anche la Corte costituzionale ha chiarito in riferimento alle intese tra lo Stato e le confessioni religiose: «Un'autonoma pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative non è configurabile proprio alla luce della non configurabilità di una pretesa soggettiva alla conclusione positiva di esse»³⁵. Questa opzione ermeneutica – si può anticipare – non deve considerarsi incoerente con la caratterizzazione autonomista e pluralista dell'ordinamento. Deve farsi rilevare, infatti, che non ha senso discutere di intesa se la stessa non è raggiunta tra “contraenti” liberi. Non è dubbio che, secondo valutazioni di carattere politico, il Governo possa decidere di stringere o meno l'accordo³⁶ alla fine delle trattative. Deve allora ritenersi che il Governo sia libero, sempre sulla base di valutazioni politiche, di iniziare o meno le trattative stesse³⁷. Non persuasivo è l'argomento per il quale il rifiuto del Governo non dovrebbe essere pregiudiziale, ma potrebbe aversi solo dopo aver esaminato “dialogicamente” le aspirazioni delle regioni.

Peraltro, non si può escludere che sia la regione a rifiutare di stabilire l'intesa, ove a voler iniziare le trattative sia lo Stato. Poiché la scelta è rimessa, da ambo i lati, a valutazioni di carattere politico, neppure questo in termini giuridici può essere escluso. Ciò indipendentemente dal fatto che l'ipotesi possa apparire di difficile concretizzazione, dal momento che il procedimento di cui all'art. 116, comma 3, Cost. è preordinato a contrarre le prerogative dello Stato. È vero che raramente chi è investito di un potere desidera spogliarsene, ma persino questo talvolta si verifica. Si osservi che lo Stato potrebbe pure avere interesse a un alleggerimento di funzioni, specie amministrative. L'esercizio delle funzioni ha, infatti, dei costi e l'interesse alla riduzione degli stessi potrebbe costituire uno dei fattori propulsivi della devoluzione.

³³ Sul piano giuridico si colloca, invece, l'osservazione per la quale regioni diverse da quella che ha sottoscritto l'intesa potrebbero impugnare davanti alla Corte costituzionale la legge (statale) di differenziazione, ove si possa ritenere quest'ultima lesiva della sfera di competenza delle regioni ricorrenti (il giudizio di legittimità “nasconderebbe” un conflitto infra-regionale: cfr. G. D'AMICO, *Regionalismo differenziato, sistema finanziario e specialità regionale*, cit., 120; E. GIANFRANCESCO, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, cit., 18).

³⁴ A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., 167.

³⁵ Cfr. Corte cost., [sent. n. 52 del 2016](#), p. 5.2 *cons. in dir.* Sono consapevole del fatto che tale sentenza ha suscitato numerose polemiche, ma non è possibile, in questa sede, entrare nel merito delle argomentazioni della Corte e delle critiche della dottrina. V., almeno, F. ALICINO, *La bilateralità pattizia Stato-confessioni dopo la sentenza n. 52/2016 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2 del 2016, 14 ss.; V. COCOZZA, *La garanzia dell'“intesa” nell'art. 8 Cost., terzo comma*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 2 del 2017, 7 ss.; A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictio e gubernaculum, ovvero la dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in [Federalismi.it](#), n. 7 del 2016, 4 ss.

³⁶ Sul piano della teoria generale è stato discusso il rapporto tra intesa e accordo, ma sul punto non è possibile qui dilungarsi. Sul rilievo della questione ai fini dell'interpretazione anche dell'art. 116, comma 3, Cost. può v. S. AGOSTA, *L'infanzia “difficile” (...ed un'incerta adolescenza?) del nuovo art. 116, comma 3, Cost. tra proposte (sempre più pressanti) di revisione costituzionale ed esigenze (sempre più sentite) di partecipazione regionale alla riscrittura del quadro costituzionale delle competenze*, in [Federalismi.it](#), n. 13 del 2003, 8 ss.

³⁷ Dall'art. 1, comma 571, della l. 27 dicembre 2013, n. 147. può desumersi che la richiesta di iniziare le trattative debba essere presentata al Presidente del Consiglio e (eventualmente) al Ministro per gli Affari regionali; il termine di sessanta giorni entro il quale il Governo deve attivarsi implica soltanto una risposta, ancorché negativa, non pone cioè nessun onere di inizio trattative in capo all'esecutivo nazionale.

5. L'iniziativa legislativa

La conclusione dell'intesa determina, in altri casi, diversi da quello qui in esame, l'insorgenza di un obbligo in capo al Governo. Si pensi, nuovamente, alle intese con le confessioni religiose o anche alla conclusione dei trattati internazionali. L'iniziativa è, in queste circostanze, vincolata. È inammissibile cioè che il Governo stipuli l'intesa o il trattato e poi non presenti in Parlamento la proposta di legge volta a consentire alla stessa/allo stesso di spiegare i suoi effetti nell'ordinamento.

In siffatte ipotesi, però, l'iniziativa, ancorché vincolata, non è tuttavia riservata. In passato si riteneva il contrario. Sembra, invece, da condividere l'idea – che trova conforto nella prassi parlamentare – per la quale in caso di inerzia da parte del Governo, altri “soggetti” dell'iniziativa possono presentare, in una logica, per così dire, “suppletiva”, la proposta. In questi casi, ai quali si sta facendo cenno per l'utilità del raffronto, l'iniziativa è vincolata, ma non riservata. Anzi, volendo, potrebbe dirsi che non è riservata proprio in quanto è vincolata – e cioè per far sì che il vincolo non rimanga “sulla carta”³⁸.

Quanto al procedimento di cui all'art. 116, comma 3, Cost., esistono opinioni discordanti in proposito, ma a me pare che le cose stiano esattamente all'opposto. Difatti l'iniziativa legislativa viene riservata alla regione. Essa sola può esercitarla³⁹. Tale previsione dev'essere messa in relazione con quanto dispone l'art. 121, comma 2, Cost. Esso attribuisce il potere di presentare proposte di legge al Consiglio regionale. Si può quindi rilevare che mentre l'esecutivo regionale è coinvolto nel momento della definizione dei contenuti dell'intesa, esso è escluso dalla decisione di presentare la proposta di legge in Parlamento; proposta dalla cui approvazione dipende l'efficacia dell'intesa nell'ordinamento.

Specularmente rispetto a quanto osservato a proposito dell'iniziativa delle leggi sulla base di intese con le confessioni religiose o di esecuzione dei trattati, nel caso di cui all'art. 116, comma 3, Cost. l'iniziativa è riservata, ma non vincolata. Non può dirsi che una cosa è la causa dell'altra. Semplicemente l'iniziativa non è vincolata in quanto deve essere rimesso all'organo che rispecchia il pluralismo politico a livello regionale di decidere se presentare la proposta o meno. Non è condivisibile, a parer mio, la tesi per la quale, una volta stipulata l'intesa, l'iniziativa legislativa spetta *anche* alla regione: cioè al Governo e anche alla regione (nel caso di due diversi progetti di legge si ipotizza che spetti alle commissioni parlamentari competenti di giungere a una proposta unitaria)⁴⁰. Potrebbe accettarsi una simile interpretazione in caso di silenzio della Carta in fatto di iniziativa. L'art. 116 stabilisce, invece, che l'iniziativa spetti alla regione interessata. Né potrebbe (anche) il Governo esercitare l'iniziativa ove, come in passato si era ipotizzato⁴¹, si prevedesse che debba prima acquisire il parere della Conferenza Stato-regioni.

Si è dubitato, però, del fatto che l'espressione «con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata», di cui all'art. 116, comma 3, Cost., debba essere riferita all'esercizio dell'iniziativa legislativa (in alternativa, si è immaginato un riferimento all'iniziativa relativa all'avvio delle trattative preordinate al raggiungimento dell'intesa). Personalmente ritengo che il tenore letterale della disposizione suggerisca abbastanza chiaramente che qui il riferimento è proprio all'iniziativa

³⁸ Naturalmente, è ben possibile che la proposta non venga comunque presentata e in ogni caso il Parlamento rimane libero di decidere se prenderla o meno in esame.

³⁹ Così A. ANZON DEMMIG, *Quale regionalismo differenziato?*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1 del 2008, 51 ss.; A. BONOMI, R.G. RODIO, *Verso un regionalismo differenziato? Osservazioni a margine di alcune iniziative referendarie in corso*, in Dirittifondamentali.it, n. 2 del 2017, 11; E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata*, cit., 5; T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*, cit., 24.

⁴⁰ 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](http://RivistaAIC.it), n. 4 del 2018, 330.

⁴¹ Progetto di legge a prima firma dell'on. Lanzillotta (AC 1368, XVI Legislatura, 24 giugno 2008, “Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, concernente l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia alle regioni”: v. art. 2). Esprime perplessità sul coinvolgimento della Conferenza Stato-regioni N. LUPO, *L'art. 116, terzo comma, della Costituzione: una norma (e un'opportunità) da prendere sul serio*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 4 del 2019, 960.

legislativa⁴², non all’“iniziativa politica” relativa all’intesa. È la legge ad essere “su iniziativa della Regione”. Dell’intesa si fa parola soltanto nella proposizione successiva. Quanto all’espressione precedente “possono essere attribuite ad altre regioni”, può certamente dirsi che l’attribuzione è su iniziativa della regione interessata, ma questo di per sé non chiarisce se l’iniziativa debba essere riferita alle trattative o alla presentazione della proposta di legge.

Orbene, sta di fatto però che se una parte della dottrina si orienta nel senso di interpretare l’espressione come riferita all’iniziativa legislativa, non manca chi ha invece autorevolmente sostenuto che l’area semantica del lemma è tale da abbracciare qualsiasi atto d’impulso e che non è privo di significato che non sia precisato “iniziativa legislativa”⁴³. Si potrebbe tuttavia osservare che, sebbene in senso generalissimo la parola “iniziativa” sia utilizzata in varie accezioni in Costituzione, in senso proprio quella relativa all’intesa non è un’iniziativa (una proposta), ma una richiesta⁴⁴. In secondo luogo, si potrebbe rilevare che gli usi più simili della parola in Costituzione sono offerti dagli articoli 87, comma 4, e 123 Cost. In entrambi i casi, come anche in quello di cui all’art. 116, ult. comma, Cost., pare proprio che manchi la precisazione “legislativa” o “delle leggi” poiché la parola legge ricorre già nella frase (subito prima o subito dopo la parola “iniziativa”). Non pare poi dirimente che l’utilizzo della parola “iniziativa”, in luogo di “richiesta”, si rivenga talora sul piano della legislazione ordinaria⁴⁵, non perché il verso del condizionamento ermeneutico tra fonte sovra- e subordinata non sia duplice, ma poiché le qualificazioni operate dal legislatore non sono in assoluto vincolanti per l’interprete.

In verità, poi, l’affermazione per la quale all’art. 116, comma 3, Cost. la parola “iniziativa” dovrebbe essere riferita alla richiesta di iniziare le trattative, sembra legarsi a quella per la quale, in un certo senso, l’ordine espositivo rinvenibile nel comma in esame sarebbe indicativo della dinamica procedimentale: come se, a intendere per “iniziativa” quella legislativa ciò dovesse significare che la proposta (e questo sarebbe insensato) deve essere presentata prima... del raggiungimento dell’intesa⁴⁶. Ma il fatto che si scriva, prima, che l’iniziativa appartiene alla regione, e poi che la legge deve essere approvata sulla base di un’intesa, non vuol anche dire che l’iniziativa deve precedere l’intesa. In altre parole, la tesi che si tratti di iniziativa legislativa non pone, contrariamente a quanto si è sostenuto⁴⁷, il problema del coordinamento tra il “previo” atto di avvio del procedimento legislativo e l’intesa sulla cui base va approvata la legge. Ciò perché dall’affermazione per la quale di iniziativa legislativa si tratta non segue quella per cui essa dovrebbe essere esercitata “previamente”.

Non può quindi accogliersi né l’idea che la richiesta di iniziare le trattative debba provenire necessariamente dalla regione, né quella⁴⁸ per la quale l’esercizio dell’iniziativa legislativa spetti al Governo⁴⁹ (tale tesi ha tuttavia avuto un certo consenso anche in ambito politico ed era stata già prospettata ai tempi del Governo Prodi II)⁵⁰.

⁴² Così O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in [Astrid Rassegna](#), n. 14 del 2017, 11.

⁴³ Così A. D’ATENA, *A proposito della “clausola di asimmetria”*, cit., 321.

⁴⁴ Sulla differenza tra proposta e richiesta v. part. G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 107 ss.

⁴⁵ Cfr. art. 1, comma 571, l. n. 147 del 2013: «Anche ai fini di coordinamento della finanza pubblica, il Governo si attiva sulle iniziative delle regioni presentate al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali ai fini dell’intesa ai sensi dell’articolo 116, terzo comma, della Costituzione nel termine di sessanta giorni dal ricevimento. La disposizione del primo periodo si applica anche alle iniziative presentate prima della data di entrata in vigore della presente legge in applicazione del principio di continuità degli organi e delle funzioni. In tal caso, il termine di cui al primo periodo decorre dalla data di entrata in vigore della presente legge».

⁴⁶ A. D’ATENA, *L’art. 116, u.c., Cost. nella sua applicazione procedimentale*, cit., 189.

⁴⁷ *Contra* A. D’ATENA, *A proposito della “clausola di asimmetria”*, cit., 320.

⁴⁸ A. D’ATENA, *A proposito della “clausola di asimmetria”*, cit., 322.

⁴⁹ Non pare che l’autorizzazione presidenziale prevista per il solo caso di iniziativa legislativa governativa possa costituire argomento idoneo a modificare la posizione qui espressa.

⁵⁰ Mi riferisco alle proposte di regionalismo differenziato dell’epoca.

Neppure mi pare condivisibile la tesi⁵¹ per la quale l'iniziativa potrebbe essere esercitata non solo dal Consiglio regionale, ma anche dalla Giunta regionale. Tale tesi è stata sostenuta facendo leva sul fatto che l'art. 116, comma 3, Cost. fa generico riferimento alla "regione", senza indicazione dell'organo (o degli organi) competenti a esercitare l'iniziativa. Tuttavia, questa interpretazione non sembra da condividere per il contrasto con l'art. 121 Cost. Non si capirebbe, infatti, quale sarebbe il fondamento positivo della prerogativa della Giunta, visto che in Costituzione si assegna l'iniziativa legislativa alla regione e si stabilisce al contempo che per la regione l'iniziativa legislativa è esercitata dal Consiglio. Peraltro, se interpretassimo la Costituzione come se questa prevedesse che (non la proposta di legge, ma) la richiesta di inizio trattative debba venire dalla regione, ne seguirebbero almeno due inconvenienti: 1) da una parte, dovremmo concludere che la Costituzione stabilisce ciò che, in termini politici, rischia di essere perfettamente inutile (infatti, come detto, si deve sì ammettere che la richiesta possa venire dal livello statale, ma non ci si deve nascondere che generalmente essa proverrà naturalmente dalla regione interessata; inoltre – com'è stato fatto notare – sul piano informale, nessuno potrebbe impedire al Governo di richiedere a questa o quella regione di dare impulso formale al procedimento⁵²); 2) d'altra parte, dovremmo anche interpretare la Costituzione nel senso meno favorevole all'autonomia (la Carta rimetterebbe anche o soltanto al Governo l'esercizio dell'iniziativa legislativa e alla regione solo l'avvio delle trattative). Ciò a fronte di un testo – quello dell'art. 116, comma 3, Cost. – che agevolmente può consentire un'interpretazione assai più favorevole al principio autonomista.

Non può tuttavia ritenersi che siccome l'iniziativa legislativa spetta al Consiglio regionale, anche l'intesa debba essere raggiunta tra i legislativi (Parlamento e Consiglio regionale), quindi con esclusione degli esecutivi⁵³. Da una cosa, logicamente, non segue l'altra. Non è impossibile immaginare una trattativa condotta da delegazioni dei legislativi, ma pare – lo si è accennato – inutilmente complicato. Anche perché il coinvolgimento degli esecutivi (specialmente, a livello nazionale, quello di determinati ministeri) si renderebbe comunque necessario.

Lo statuto della Lombardia attribuisce al Consiglio regionale la competenza a «deliberare in merito all'iniziativa e alla conclusione dell'intesa con lo Stato di cui all'art. 116, terzo comma, della Costituzione» (art. 14, comma 3, lett. g). Altri statuti (se non tacciono⁵⁴) si limitano ad attribuire generiche potestà di indirizzo ai Consigli regionali in merito alle intese con lo Stato (es. art. 19 St. Umbria, art. 48 St. Toscana) e talora al Presidente della Giunta assegnano le funzioni relative all'intesa con lo Stato (v. St. Piemonte, art. 51, comma 2, lett. c). Per la verità, se l'interpretazione qui suggerita fosse quella corretta, le scarse previsioni statutarie non costituirebbero un problema. Ciò in virtù del fatto che il potere di esercitare (o meno) l'iniziativa legislativa spetta per Costituzione al Consiglio regionale. A quest'ultimo è ovviamente data la possibilità, anche indipendentemente da una specifica previsione nello statuto, di indirizzare l'esecutivo regionale quanto alla decisione di attivare le trattative con lo Stato e in merito alla conduzione delle stesse.

È significativo che sia il Consiglio regionale a dover decidere, per Costituzione, sulla presentazione della proposta di legge. La composizione collegiale dell'organo (rispetto a quella monocratica del Presidente della Giunta) e la possibilità di dibattere al suo interno l'opportunità della presentazione della proposta, nel confronto dialettico tra maggioranza e opposizione (assente nel caso della Giunta regionale), incidono anche sulla conduzione delle trattative da parte dell'esecutivo. Si trova qui ulteriore conferma di un adagio di carattere generale, quello per il quale la Carta repubblicana non conosce "uomini soli al comando". Il Presidente della Giunta regionale, nel condurre le trattative, è dunque avvertito del fatto che il successo dell'azione politica intrapresa dipende anche dal consenso che essa sarà capace di riscuotere all'interno del Consiglio regionale.

⁵¹ M. CECCHETTI, *Attuazione della riforma costituzionale del titolo V e differenziazione delle regioni di diritto comune*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), 13 dicembre 2002, 8.

⁵² O. CHESSA, *Autonomia negativa, autonomia positiva e regionalismo differenziato*, cit., 180.

⁵³ Così invece O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, cit., 11.

⁵⁴ Cfr. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., 154.

Indubbiamente la forma di governo delle regioni ordinarie è tale da assicurare al vertice dell'esecutivo una maggioranza propensa a esercitare l'iniziativa legislativa. Tuttavia, è anzitutto di rilievo il fatto che questa potrebbe essere una maggioranza comunque composita sul piano politico. Dalle varie componenti potrebbero venire suggerimenti diversi in merito alle modalità con le quali condurre le trattative. La rimessione al Consiglio regionale della decisione relativa alla presentazione della proposta costituisce poi uno stimolo all'ascolto da parte del Presidente (poiché gli assessori possono essere rimossi dal Presidente, ciò non potrebbe dirsi anche ove la decisione di esercitare l'iniziativa fosse rimessa alla Giunta). Inoltre, bisogna credere che l'attribuzione della prerogativa in discussione al legislativo anziché all'esecutivo regionale possa favorire l'incontro tra le ragioni della maggioranza e quelle dell'opposizione.

Corroborata quanto appena affermato, il fatto che talora a base della richiesta d'iniziare le trattative vi sia stato un atto d'indirizzo del Consiglio regionale e che questo abbia anche previsto l'integrazione della delegazione regionale "trattante" con propri componenti, oltretutto con rappresentanti degli enti locali e della società civile (es. Lombardia⁵⁵; talora forme di coinvolgimento degli enti locali e della società civile sono state previste da deliberazioni della Giunta regionale: così in Veneto⁵⁶).

Da questo punto di vista può essere utile la richiesta di sottoposizione dello schema d'intesa al Consiglio, posto che comunque poi è quest'ultimo a dover decidere se presentare la proposta di legge in Parlamento. Sarebbe auspicabile che i Consigli regionali prevedessero modalità di decisione relative all'iniziativa delle leggi di cui all'art. 116, comma 3, Cost. idonee a determinare un coinvolgimento effettivo dell'opposizione. Le posizioni espresse dall'opposizione – non bisognerebbe mai dimenticarsene, ai vari livelli di governo – sono sempre indicative di una parte dell'orientamento attuale della pubblica opinione. Del resto, fin qui in Consiglio regionale le votazioni relative all'ampliamento delle competenze delle regioni hanno generalmente trovato consensi trasversali. È ben possibile che, a livello regionale, siano previste forme di consultazione popolare in merito alla decisione di iniziare le trattative o alla decisione di esercitare l'iniziativa. Gli effetti di simili consultazioni sarebbero, infatti, limitati all'ordinamento regionale e, per la loro natura consultiva, non scalfirebbero le prerogative degli organi regionali coinvolti, che non ne sarebbero vincolati.

6. Il ruolo del Parlamento

L'enfasi sull'iniziativa legislativa riservata a vantaggio del Consiglio regionale, di cui si è detto nel paragrafo precedente, – enfasi giustificata in quanto il carattere riservato dell'iniziativa sicuramente costituisce un aspetto procedurale volto a rispecchiare il principio pluralista – non deve condurre a delle esagerazioni. È particolarmente importante richiamare l'attenzione sul fatto che, in ogni caso, la proposta non vincola le Camere. Al di là dell'assegnazione in commissione e iscrizione all'ordine del giorno dei lavori, dalla presentazione della proposta di legge non scaturisce alcun obbligo. Il Parlamento rimane libero di prenderla in esame o meno. E, naturalmente, rimane libero di approvare o meno la proposta stessa⁵⁷. A ragionar diversamente, e cioè a voler far scaturire un obbligo di esame del progetto di legge dalla sua presentazione, o obblighi ulteriori, si scambierebbe inaccettabilmente il proporre con il richiedere, o addirittura con il decidere.

Si sa poi che nel caso delle intese con le confessioni religiose si deve riportare il testo nella legge, non si può avere il mero rinvio. Diversamente ci si orienta per l'esecuzione dei trattati, per i quali sia la riproduzione sia il mero rinvio è possibile. Anche quanto alle intese di cui all'art. 116, comma 3,

⁵⁵ Risoluzione del 7 novembre 2017, n. 97, "concernente l'iniziativa per l'attribuzione alla Regione Lombardia di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione".

⁵⁶ Deliberazione della Giunta regionale del 23 ottobre 2017, n. 1680.

⁵⁷ M. BERTOLISSI, *Premesse per una lettura "sostanziale" dell'art. 116, 3° comma, della Costituzione*, in [Rivista AIC](#), n. 1 del 2020, 454; A. D'ATENA, *A proposito della "clausola di asimmetria"*, cit., 323; L. VIOLINI, *L'autonomia delle regioni italiane dopo i referendum*, cit., 330.

Cost. è da ritenere che si possa optare tanto per il rinvio quanto per la riproduzione del contenuto dell'intesa nella legge statale. Secondo un orientamento diffuso, che sembra da condividere, il contenuto dell'intesa è inemendabile⁵⁸. Eventuali emendamenti sarebbero inammissibili⁵⁹. Il Parlamento non può approvare delle modifiche, ma può richiedere al Governo di riaprire le trattative attraverso l'approvazione di atti d'indirizzo⁶⁰. Il procedimento parlamentare risulta dunque, per questo aspetto, semplificato rispetto al procedimento di formazione della legge ordinaria. Infatti, per lo scopo stesso del procedimento, l'autonomia parlamentare deve essere in parte sacrificata. La decisione parlamentare è quindi, *alla fine*, ridotta a un prendere o lasciare⁶¹. Questo, però, non vuol dire che il Parlamento non possa incidere significativamente sulle trattative, indirizzando l'azione del Governo. Una parte della dottrina ritiene che il Parlamento possa approvare emendamenti all'intesa con la funzione di determinare una riapertura dei negoziati⁶², ma in questo caso sarebbe più appropriato suggerire le modifiche al Governo con atti d'indirizzo. Naturalmente, che il Parlamento non possa modificare il contenuto dell'intesa non significa che tra il testo dell'intesa e quello della legge che dovesse riprodurre il contenuto debba esservi un'assoluta identità, in senso formalistico. Infatti, è del tutto ovvio che l'intesa potrà ospitare delle formule (es. volte a impegnare a esercitare l'iniziativa legislativa) che non avrebbe senso riprodurre nel testo della legge⁶³. Muovendo dalla distinzione tra indirizzo/immedesimazione Parlamento-Governo e controllo/alterità Parlamento-Governo, elaborata da autorevole dottrina⁶⁴, si può dire che nella fase delle trattative il Parlamento indirizzi (possa indirizzare), in quella successiva alla stipula delle intese (secondo valutazioni politiche) controlli il Governo⁶⁵. Questo controllo si colloca, chiaramente, lungo "binari" politici e pertanto non va visto come in antitesi all'idea di un Parlamento "co-decisore".

Connessa al dibattito sulla possibilità o meno di presentare emendamenti è poi la discussione relativa all'ammissibilità della questione di fiducia sulla legge di cui all'art. 116, comma 3, Cost. Secondo alcuni studiosi la questione di fiducia non si può porre in virtù del *quorum* speciale previsto da tale articolo⁶⁶. Questa è una tesi che si riferisce a tutte le ipotesi in cui la Costituzione prevede maggioranze speciali⁶⁷ e che pertanto non è possibile discutere diffusamente in questa sede. È ciò nondimeno opportuno rilevare che essa si basa essenzialmente sull'assunto per il quale le decisioni a maggioranza speciale dovrebbero essere condivise al di là della maggioranza politica di turno. O, almeno, non dovrebbero essere intese come strettamente ricomprese nell'attuazione del programma di governo. In verità, però, com'è stato rilevato in dottrina⁶⁸, il *quorum* di cui all'art. 116, comma 3, Cost. non è idoneo, di per sé, a stimolare il raggiungimento di un accordo tra maggioranza e opposizione. Infatti, la maggioranza assoluta è normalmente nella disponibilità della maggioranza di governo. In questa sede, poi, appena un cenno può farsi al fatto che, nel disciplinare la questione di

⁵⁸ N. LUPO, *L'art. 116, terzo comma, della Costituzione*, cit., 961. *Contra* E. GIANFRANCESCO, [L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.](#), cit., 44 ss.

⁵⁹ 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 del 2019, 16.

⁶⁰ M. CARLI, *Vizi e virtù dei referendum consultivi in Lombardia e in Veneto*, cit., 3.

⁶¹ N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del titolo V*, in G. Marchetti (cur.), *Problemi del Federalismo*, Milano, 2001, 57.

⁶² A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., 165.

⁶³ A. D'ATENA, *L'art. 116, u.c., Cost. nella sua applicazione procedimentale*, cit., 190 s.

⁶⁴ S. TOSI, *La direttiva parlamentare*, Milano, 1969, 92.

⁶⁵ V. A. D'ATENA, *L'art. 116, u.c., Cost. nella sua applicazione procedimentale*, cit., 190.

⁶⁶ N. LUPO, *L'art. 116, terzo comma, della Costituzione*, cit., 962. Sui casi di esclusione della questione di fiducia contemplati nei regolamenti parlamentari v., però, V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, 2013, 666 ss.; R. DICKMANN, *Il Parlamento italiano*, Napoli, 2015, 218; L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2008, 216.

⁶⁷ Cfr. M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano, 1996, 181.

⁶⁸ Per considerazioni critiche v. G. D'AMICO, *Regionalismo differenziato, sistema finanziario e specialità regionale*, cit., 110 s.; A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., 146; L. VIOLINI, *L'autonomia delle regioni italiane dopo i referendum*, cit., 323. Sulle origini delle maggioranze speciali, e sul cambiamento nel modo di concepirle in epoca moderna, se si vuole, può v. il mio *Storia costituzionale del principio di maggioranza*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 2 del 2019, part. 26 ss.

fiducia, i regolamenti parlamentari menzionano i casi nei quali essa non può essere posta, ma non escludono, in quanto tali, gli atti da approvare con *quorum* speciale. Per queste ragioni è quantomeno dubbio che dal *quorum* possa farsi discendere il divieto, per il Governo, di porre la questione di fiducia. A meno di non accedere all'impostazione su riferita, il Governo potrebbe dirsi dunque libero di porre la questione di fiducia. Peraltro, che la proposta sia "in partenza" non emendabile, se non toglie completamente utilità alla decisione governativa di porre la questione di fiducia, comunque la priva di uno degli effetti più incisivi che essa è preordinata ordinariamente a produrre sui lavori in Parlamento. Pertanto, ammettere che il Governo possa porre la questione di fiducia potrebbe non apparire particolarmente problematico.

Anche con riferimento all'approvazione parlamentare possono ripetersi alcune considerazioni svolte a proposito della decisione di esercitare l'iniziativa rimessa al Consiglio regionale. Come la consapevolezza che sarà il Consiglio regionale a decidere se esercitare l'iniziativa incide sull'operato del Presidente della Giunta regionale (se non altro rispetto alle richieste provenienti dalle componenti politiche della maggioranza consiliare) così quella che sarà il Parlamento a decidere se approvare o meno la proposta di legge influisce sull'operato del Governo. Di ciò offre riprova la previsione, nelle proposte di legge quadro volte a disciplinare il procedimento di cui all'art. 116, ult. comma, Cost., di forme di coinvolgimento delle commissioni parlamentari (che verrebbero abilitate a esprimere pareri sullo schema di intesa⁶⁹). Si è osservato che l'impossibilità per il Parlamento di emendare la proposta è un buon motivo per assicurare un maggior coinvolgimento dello stesso nella fase delle trattative⁷⁰. Ad ogni modo, paiono eccessive le preoccupazioni relative al fatto che il ruolo principale nella realizzazione dell'autonomia differenziata sia affidato agli esecutivi statale e regionali, in quanto il Parlamento si limiterebbe ad accettare o meno l'accordo⁷¹: non è vero, infatti, che per questo solo il Parlamento non abbia influenza sul contenuto dell'intesa⁷².

Infine, un cenno merita la questione relativa alla possibilità da parte del Presidente della Repubblica di rinviare alle Camere, ai sensi dell'art. 74 Cost., la legge approvata sulla base di intesa tra Stato e regione. Con riferimento alle leggi costituzionali, ad esempio, è discusso se il rinvio possa considerarsi ammissibile e chi ritenesse di escluderlo⁷³ potrebbe essere portato a ragionare non diversamente anche in merito al rinvio delle leggi approvate sulla base di intesa. La questione è molto complessa e va preso atto del fatto che, anche in questo caso, sono possibili interpretazioni differenti. A parer mio, va anzitutto sottolineato che dal momento che i contenuti dell'intesa sono, come detto, indisponibili per il Parlamento, il rinvio presidenziale per ragioni di carattere sostanziale porrebbe le due Camere in una situazione molto complessa. Il messaggio motivato del Presidente non potrebbe preludere a modifiche in sede parlamentare dei contenuti dell'intesa. Pertanto, le Camere potrebbero essere indotte, dopo il rinvio, a scegliere tra: non approvare affatto la proposta di legge di cui all'art. 116, comma 3, Cost., ovvero determinarsi nel senso di una nuova approvazione della stessa senza modifiche. D'altronde, anche se non può ritenersi che il rinvio obblighi sul piano giuridico a ripetere le trattative, non è forse improbabile che questo sia ciò che in concreto potrebbe verificarsi a seguito dell'emanazione del decreto presidenziale. Infatti, dopo il rinvio a opera del Capo dello Stato, gli esecutivi nazionale e regionale potrebbero avere interesse a rivedere i contenuti dell'intesa onde evitare che il Parlamento, seguendo le perplessità manifestate dal Presidente, finisca per non approvare la proposta di legge.

La lettera dell'art. 74 Cost. potrebbe continuare a definirsi, come si è detto in dottrina, "ingannevole": si è scritto infatti che «la formula "nuova deliberazione" è ingannevole. La parola "nuova" potrebbe far intendere che il rinvio presidenziale sia volto ad ottenere solo una rimediazione

⁶⁹ Cfr. COMMISSIONE PARLAMENTARE PER LE QUESTIONI REGIONALI, *Audizione del Ministro per gli Affari regionali e le autonomie*, Francesco Boccia, cit., 3 ss.

⁷⁰ G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso?* cit., 20.

⁷¹ E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata*, cit., 11.

⁷² M. BERTOLISSI, *Premesse per una lettura "sostanziale" dell'art. 116, 3° comma, della Costituzione*, cit., 453 ss.

⁷³ Per tutti, v. S. GALEOTTI, B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, 1996, 465.

della deliberazione legislativa adottata. Ma questo è l'effetto minimo del rinvio presidenziale perché la deliberazione "nuova" che il Presidente intende provocare deve essere intesa come implicativa di un contenuto che sia, almeno in parte, diverso da quello della deliberazione che ha indotto il Presidente a rinviare la legge alle Camere»⁷⁴. Il messaggio presidenziale di cui all'art. 74, più che stimolare una nuova approvazione della medesima proposta di legge, è normalmente volto a determinare un ripensamento, più o meno ampio, dei suoi contenuti da parte del Parlamento. In questo caso, il Parlamento non ha tuttavia modo di incidere direttamente sui contenuti, che sono determinati dall'intesa raggiunta da Governo e regione. Potrebbero allora essere gli esecutivi, nazionale e regionale, ad avere interesse a rivedere i termini dell'intesa.

Va detto, però, che il Capo dello Stato, in sede di rinvio, non dovrebbe eccedere in tecnicismi. Rischierebbe altrimenti di sostituirsi alla Corte costituzionale. Quello del Capo dello Stato deve configurarsi, anche nel caso delle leggi di cui all'art. 116, comma 3, Cost., come "macro-controllo"⁷⁵ (nel senso di "più largo", meno di dettaglio, rispetto al controllo di legittimità eventualmente svolto in via successiva dalla Corte costituzionale). Peraltro, l'eccesso di tecnicismi potrebbe dare l'impressione che il Presidente si ingerisca in determinazioni essenzialmente politiche, così dividendo, anziché unire, la comunità nazionale⁷⁶. La preoccupazione di assicurare che la legge sulla base d'intesa realizzi una differenziazione dell'autonomia regionale che non sia nemica dell'unità, ma a servizio di quest'ultima, dovrebbe guidare invece il Capo dello Stato. Minori le complicazioni nel caso in cui i rilievi del Presidente si riferissero ad aspetti formali: le Camere potrebbero semplicemente ripetere il procedimento, stavolta nel pieno rispetto delle norme costituzionali che lo regolano.

In breve, il rinvio presidenziale, per ragioni di ordine sostanziale e formale, potrebbe dunque rivelarsi utile.

Quanto alla questione di fondo della sua ammissibilità, a me pare da preferire l'impostazione per la quale il potere presidenziale non può essere escluso e ciò per almeno tre ragioni: per la lettera dell'art. 74 Cost., che fa riferimento generico alle leggi; in quanto sarebbe contraddittorio assumere che un controllo previsto nel caso del procedimento di formazione delle comuni leggi ordinarie venga meno in relazione a procedimenti che, rispetto a quello, sono costituzionalmente contraddistinti dalla presenza di elementi di aggravio; e infine per l'importanza che, in una logica garantista (in ultima analisi strumentale alla tutela delle libertà e dei diritti), assume il controllo da parte del Capo dello Stato, nel senso che tra due interpretazioni – una che esclude e l'altra che ammette il controllo – la seconda, poiché maggiormente garantista, sembra da preferire.

7. Il parere degli enti locali

Un tratto molto interessante del procedimento è rappresentato poi dal parere degli enti locali.

È da condividere l'osservazione per la quale il riferimento è agli enti intesi come istituzioni, non alle popolazioni locali, ciò che si è sostenuto anzitutto sulla base del tenore letterale della disposizione e più in generale del linguaggio impiegato nella Carta⁷⁷. Nel caso in cui, come è avvenuto in alcune regioni, si svolgano dei *referendum* consultivi, essi non possono considerarsi sufficienti a soddisfare quanto richiesto dall'art. 116, comma 3, Cost.⁷⁸. Si è scritto al riguardo che l'equivalenza tra consultazione degli enti locali e consultazione del corpo elettorale regionale non può essere difesa in

⁷⁴ G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, cit., 166.

⁷⁵ Per riprendere S. GALEOTTI, B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, cit., 427 e 464.

⁷⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Rinvio presidenziale delle leggi ed autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge fra aperture del modello e delusioni della prassi*, in *Scritti in onore di S. Galeotti*, III, Giuffrè, Milano, 1998, 1400.

⁷⁷ E. BALBONI, L. BRUNETTI, *Il ruolo del CAL nell'applicazione dell'art. 116, ultimo comma, Cost.*, cit., 215.

⁷⁸ A. BONOMI, R.G. RODIO, *Verso un regionalismo differenziato?*, cit., 4; O. CHESSA, *Autonomia negativa, autonomia positiva e regionalismo differenziato*, cit., 183.

quanto la volontà degli elettori regionali non equivale necessariamente alla volontà maggioritaria degli enti locali sub-regionali.

Confesso di avere, per il resto, una posizione che, rispetto alle tesi generalmente accolte, può forse apparire eccentrica. Premetto quindi di esserne consapevole, specialmente perché realisticamente dubito che si faranno passi indietro rispetto a quanto sin qui si è ritenuto di trarre dalla disposizione di cui all'art. 116, comma 3, Cost.

In passato, tentando di dar attuazione legislativa al disposto di cui all'art. 116, comma 3, Cost., si era immaginato un coinvolgimento degli enti locali prima della richiesta, da parte della regione, di iniziare le trattative⁷⁹. Anche la dottrina sembra inclinare per questa soluzione⁸⁰. Anzi, pare preoccupata che i pareri degli enti locali da rendere alla regione, comunque non vincolanti⁸¹, siano acquisiti prima che il contenuto dell'intesa sia stato definito⁸². Si vuole, insomma, che l'intesa sia raggiunta includendo il punto di vista degli enti locali e si affida a un parere da questi enti reso alla regione il raggiungimento di tale obiettivo. Si è soliti dunque dare per acquisito che il parere degli enti locali debba essere reso alla regione. A me sembra, invece, che a sentire gli enti locali – secondo la laconica formulazione che si ritrova in Costituzione – debba essere il Parlamento.

Quanto alle ragioni per le quali penso che il parere degli enti locali andrebbe reso al Parlamento, può notarsi che sul piano letterale è la legge dello Stato che, su iniziativa della regione, deve essere approvata sentiti gli enti locali. L'art. 116, ult. comma, prescrive che l'attribuzione con legge delle competenze da parte dello Stato avvenga sentiti gli enti locali. Si osservi la punteggiatura: «Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia [...] possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi...». Si ponga attenzione, in particolare, alla virgola che segue la parola “interessata”. Solo se si cancellasse la virgola si dovrebbe assumere che l'iniziativa dev'essere esercitata dalla regione sentiti gli enti locali (la virgola potrebbe essere mantenuta e si potrebbe raggiungere lo stesso risultato ermeneutico unicamente ove fosse lampante che si ha un'apposizione all'apposizione⁸³). Si faccia, per maggiore chiarezza, un raffronto con la disciplina costituzionale di un altro procedimento “inter-livello”, quello di cui all'art. 133 Cost. Al primo comma si legge: «Il mutamento delle circoscrizioni provinciali e la istituzione di nuove province nell'ambito d'una Regione sono stabiliti con leggi della Repubblica, su iniziativa dei Comuni, sentita la stessa Regione». L'interpretazione corrente è che sia il Parlamento ad acquisire il parere della regione, non i comuni⁸⁴. Ad ogni modo, si deve almeno ammettere che l'interpretazione per la quale il parere degli enti locali deve essere reso al Parlamento è consentita dalla lettera della disposizione costituzionale.

Si noti poi che rischia di essere inutile stabilire in Costituzione che il parere debba essere reso alla regione, poiché laddove i contenuti dell'intesa fossero tali da prefigurare forme di centralismo regionale... le pecore sarebbero raccomandate al lupo. In altre parole, gli enti locali esprimerebbero un parere non vincolante alla regione, e la regione potrebbe ignorarlo e procedere nel senso desiderato⁸⁵. Invece l'espressione del parere degli enti locali al Parlamento può avere un'incidenza maggiore. È vero che chi ricopre cariche pubbliche a livello locale è in grado di influenzare

⁷⁹ Progetto di legge a prima firma dell'on. Lanzillotta (AC 1368, XVI Legislatura, 24 giugno 2008, “Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, concernente l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia alle regioni”: v. art. 1).

⁸⁰ E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata*, cit., 12; A. D'ATENA, *A proposito della “clausola di asimmetria”*, cit., 322.

⁸¹ G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso?* cit., 17.

⁸² M. CARLI, *Diritto regionale. Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Torino, 2018, 122. Ciò non vieterebbe tuttavia l'acquisizione di un secondo parere successivo alla definizione del contenuto dell'intesa (precedente l'esercizio dell'iniziativa legislativa): v. M. CARLI, *Vizi e virtù dei referendum consultivi in Lombardia e in Veneto*, cit., 2.

⁸³ Es. “Tizio, figlio di Caia, figlia di Sempronio”. In altri casi, invece, la virgola dovrebbe intendersi come volta a evitare ambiguità di lettura: es. “Così parlò Tizio, figlio di Caia, nipote di Sempronio” (dove si dovrebbe assumere che Tizio sia nipote di Sempronio).

⁸⁴ Cfr. Corte cost., [sent. n. 347 del 1994](#), p. 3 *cons. in dir.*

⁸⁵ In ordine alle bozze d'intesa del 15 febbraio 2019, segnala il rischio di sviluppare (anziché contrastare) il c.d. “centralismo amministrativo regionale” part. A. SAIITA, *Audizione resa il 13 giugno 2019*, cit., 62.

l'elettorato del quale i consiglieri della regione interessata verosimilmente avranno bisogno, ma lo è anche che la posizione espressa dagli enti locali richiede di essere ponderata da istituzioni diverse da quelle che beneficiano dell'ampliamento delle competenze. Se si tratta di evitare la deriva del centralismo regionale, dovendo scegliere, ha più senso investire dei rilievi degli enti locali il livello nazionale e non lo stesso livello regionale.

Ciò non esclude la partecipazione degli enti locali nella fase delle trattative, quantomeno nella misura in cui la regione intenda prevenire contestazioni, dopo la faticosa raggiunta dell'intesa, al momento dell'approvazione parlamentare, quando ampi dissensi da parte del livello locale potrebbero anche significativamente influire sulle decisioni di deputati e senatori⁸⁶. La formula è tale da comprendere comuni, province e città metropolitane della regione interessata. È dubbio che debbano essere ricompresi invece – come pure si è sostenuto – altri enti, quali università e camere di commercio. Il coinvolgimento di questi enti, intesi come «altri enti locali», è stato giudicato possibile e opportuno, sebbene non costituzionalmente imposto, specie quando la differenziazione coinvolga materie di loro interesse⁸⁷. Tale interpretazione, però, è respinta da buona parte della dottrina in quanto l'espressione «enti locali» sembra dover essere intesa nel senso che in tale formula vadano ricompresi esclusivamente gli enti territoriali costitutivi della Repubblica *ex art. 114 Cost.*⁸⁸.

Poiché l'intesa non è modificabile da parte delle Camere, si deve assumere che la raccolta dei punti di vista degli enti locali debba orientarle nel decidere se approvare la legge sulla base di intesa o meno. Laddove la decisione del Parlamento fosse di segno negativo, i pareri degli enti locali potrebbero servire a formulare indirizzi al Governo (nell'ipotesi di una successiva ripresa delle trattative). Il coinvolgimento degli enti locali secondo quanto richiesto dall'art. 116, comma 3, Cost. e – si può aggiungere, in termini di opportunità – anche al di là di quanto previsto dall'art. 116, è necessario per scongiurare il rischio di una differenziazione dell'autonomia regionale che si traduca in una contrazione dell'autonomia locale⁸⁹.

Non è chiaro in che modo l'attribuzione di competenze legislative più ampie alle regioni possa incidere sulle competenze degli enti locali, in quanto non ci sono degli automatismi. È da auspicare, però, (almeno) che non incida negativamente (tenendo conto della logica di cui all'art. 118, comma 1, Cost.). Potrebbe ricordarsi, in proposito, l'art. 118, comma 2, Cost., a mente del quale la legge regionale può attribuire – nel rispetto del riparto di competenze legislative tra Stato e regioni – funzioni amministrative agli enti locali. All'ampliamento delle competenze normative della regione potrebbe quindi seguire un allargamento delle funzioni amministrative degli enti locali (anch'esso nel rispetto dei principi di cui all'art. 119 Cost.)⁹⁰. In effetti, il processo attuativo dell'art. 116, comma 3, Cost. è sembrato in dottrina poter assumere «caratteri surrogatori» rispetto all'inerzia nel conferimento delle funzioni amministrative *ex art. 118 Cost.*⁹¹ (... purché, «differenziata» l'autonomia regionale, non si finisca per attendere invano tale trasferimento di competenze amministrative agli enti locali). Del resto, in dottrina si è sottolineata anche l'importanza che le regioni mirino non tanto alla rivendicazione di astratte competenze per materia (ciò tenendo anche conto della trasversalità

⁸⁶ Pur ritenendo che la consultazione degli enti locali debba essere svolta dalla regione, E. GIANFRANCESCO (*L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, cit., 19) afferma come spetti allo Stato (Governo e Parlamento) «verificare i risultati di tale consultazione».

⁸⁷ M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., 20. *Contra* v. A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., 169.

⁸⁸ V., ancora, A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., 169, in nota, laddove si precisa che anche la giurisprudenza costituzionale può essere richiamata a sostegno di tale ricostruzione nella misura in cui essa considera l'elencazione dell'art. 114 Cost. tassativa.

⁸⁹ S. MANGIAMELI, *Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit., 683 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso?* cit., 9.

⁹⁰ S. MANGIAMELI, *Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit., 685.

⁹¹ E. GIANFRANCESCO, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, cit., 36 s.

delle stesse, secondo la giurisprudenza della Corte), ma ricerchino ulteriori forme e particolari condizioni di autonomia a partire da obiettivi e politiche che si propongono di raggiungere/attuare⁹².

In questa prospettiva, la strada dell'antagonismo tra livello regionale e livello locale non è da percorrere.

In dottrina si è ritenuto che ai pareri degli enti locali debbano probabilmente aggiungersi quelli espressi dai CAL⁹³. Secondo altro orientamento⁹⁴, il parere dovrebbe essere espresso soltanto dai CAL, a nome degli enti locali. A mio avviso, il parere dei CAL può certo prevedersi, e può essere stabilito pure in eventuali risoluzioni dei Consigli regionali preordinate a stimolare l'inizio delle trattative con lo Stato. Ciò non è, però, quanto l'art. 116, comma 3, Cost. richiede. Non è da escludere, in altre parole, che un parere possa essere reso *anche* dai CAL, ma comunque non può sostituire quello che gli enti locali devono essere nelle condizioni di rendere per Costituzione⁹⁵. Il CAL è un organo della... regione. Se l'art. 116, comma 3, Cost. è inteso nel senso che il parere degli enti locali va reso al Parlamento, è più facile concludere che il parere dei CAL non può sostituirsi a quello degli enti locali. Se anche ai CAL fosse assegnato dalla legge il compito di esprimere un parere al Parlamento, si tratterebbe infatti di una prerogativa legislativamente assegnata eccedente il ruolo di consultazione intra-regionale di cui all'art. 123, comma 4, Cost.

L'interpretazione del parere degli enti locali qui suggerita in nessun modo esclude o è volta a mettere in dubbio la possibilità che pareri degli stessi enti vengano acquisiti anche prima della definizione dei contenuti dell'intesa. E si può discutere delle sedi più opportune per esprimerli e, in generale, del coinvolgimento dei CAL. Tutto questo, anche se a mio avviso non è quanto la Costituzione richiede, è tuttavia perfettamente in linea con il modo delineato in Costituzione di intendere le relazioni tra i diversi livelli di governo del territorio. Ciò, senza dilungarsi oltre, pare discendere dalla considerazione dei principi di fondo del sistema (part. artt. 1 e 5 Cost.). Infatti, tanto il principio democratico quanto quello autonomista suggeriscono di riguardare con favore un eventuale coinvolgimento degli enti locali anche nella fase precedente alla definizione dei contenuti dell'intesa. Bisogna, però, riconnettere alla previsione costituzionale di cui all'art. 116, comma 3, Cost. la garanzia dell'autonomia degli enti locali rispetto a possibili pregiudizi derivanti dall'intesa. Si tratta di fare in modo che il parere degli enti locali, compatibilmente con le esigenze di funzionalità del sistema, risulti idoneo (per quanto possibile) a evitare che la differenziazione regionale si risolva in una mortificazione delle prerogative degli enti locali. A questo riguardo, l'interlocuzione degli enti locali con il Parlamento potrebbe rivelarsi utile.

In conclusione, può dirsi che gli interrogativi relativi al ruolo degli enti locali nel procedimento di cui all'art. 116, ult. comma, Cost. s'inseriscano nel quadro di un risalente (e complesso) discorso sulle ambiguità del modello costituzionale dei rapporti degli enti locali con lo Stato e con le regioni⁹⁶. Ambiguità che, pur dopo la riforma del titolo V, non sembrano essere state del tutto dissipate, rimanendo la configurazione di questi rapporti, per così dire, oscillante tra "municipalismo" (valorizzazione dell'apporto degli enti locali all'attività della regione e rilievo delle relazioni tra Stato ed enti locali) e "(neo-)regionalismo" (valorizzazione del ruolo della regione e rilievo delle relazioni Stato-regioni e regioni-enti locali)⁹⁷. È un tema, questo, ulteriormente complicato dal dibattito sulla configurazione "garantista"/"cooperativa" del sistema delle autonomie, cui, per ovvie ragioni, qui può farsi soltanto un cenno.

⁹² Così già R. BIN, "Regionalismo differenziato" e utilizzazione dell'art. 116, comma 3. Alcune tesi per aprire il dibattito, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1 del 2008, 9 ss. e sul rischio che la differenziazione conduca a forme di regionalismo burocratico v. ID., *Regioni tra politica e burocrazia*, in *Le Regioni*, n. 4 del 2018, 573 ss.

⁹³ E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata*, cit., 10.

⁹⁴ E. BALBONI, L. BRUNETTI, *Il ruolo del CAL nell'applicazione dell'art. 116, ultimo comma, Cost.*, cit., 215 ss.; S. MANGIAMELI, *Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 4 del 2017, 667.

⁹⁵ E. GIANFRANCESCO, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, cit., 20.

⁹⁶ V. L. PALADIN, *Competenze statali e competenze regionali in tema di enti territoriali minori*, in *Foro Amministrativo*, n. 3 del 1972, 275 ss.

⁹⁷ Per riprendere G. PITRUZZELLA, *Municipalismo versus neoregionalismo*, in *Le Regioni*, n. 4 del 1995, 641 ss.

Non pare che il sistema delle autonomie possa prescindere dalla cooperazione, in quanto una separazione delle competenze scissa da una logica cooperativa trasformerebbe l'articolazione istituzionale, ai vari livelli di governo, in un "gioco non cooperativo". Ciascuno dei livelli di governo del territorio, proprio in quanto incapace di collaborare in modo autentico con gli altri, finirebbe per trovarsi allora in una situazione peggiore rispetto a quella che avrebbe potuto avere prendendo parte a dinamiche produttive di raccordo e cooperazione. D'altronde, difficilmente può aversi cooperazione tra enti che non siano effettivamente autonomi, garantiti nelle loro prerogative. In questo senso la cooperazione presuppone una garanzia autentica dell'autonomia, senza la quale essa si risolverebbe in una rituale e sterile complicazione dei procedimenti⁹⁸. Similmente, la logica dicotomica va superata, valorizzando l'idea della sussidiarietà come principio di sistema, quanto al rapporto tra autonomia regionale e locale. La strada tracciata in Costituzione non è né quella del centralismo statale né quella del centralismo regionale (e neppure, potrebbe aggiungersi, quella del particolarismo locale). Non è immaginabile che la valorizzazione dell'autonomia regionale e quella dell'autonomia degli enti locali siano intese come alternative. In assenza delle regioni, gli enti locali (come anche l'esperienza storica suggerisce) sarebbero deboli e in balia dello Stato. Viceversa, le regioni, in assenza di enti locali effettivamente autonomi, ben presto si dimostrerebbero incapaci di governare virtuosamente il territorio. Naturalmente una simile lettura sinergica e anti-dicotomica del sistema delle autonomie non è pensata presupponendo l'eliminazione della conflittualità, ciò che non è né possibile né (entro certi limiti) tantomeno auspicabile, ma assumendo che la conflittualità tra livello regionale e locale possa essere incanalata in un assetto istituzionale capace di servirsene per rafforzare gli spazi di libertà e partecipazione.

L'interpretazione proposta, per la quale il parere di cui all'art. 116, comma 3, Cost. dev'essere reso al Parlamento (ma il coinvolgimento degli enti locali prima della conclusione dell'intesa non è escluso), è orientata dall'idea che la logica dicotomica (municipalismo/regionalismo; garanzia/collaborazione) dovrebbe, nella prospettiva costituzionale, essere superata. Ciò consentirebbe (anzi, richiederebbe) di leggere la previsione del parere degli enti locali in chiave "garantista" e "municipalista" (al fine di evitare il "centralismo regionale") entro un'articolazione procedimentale complessivamente informata a un modello di relazioni inter-istituzionali basato sulla cooperazione (Stato-regioni) e preordinato al rafforzamento delle prerogative del livello regionale.

⁹⁸ L. D'ANDREA, *Lineamenti delle autonomie locali*, Caltanissetta, 1999, 37.

Riccardo Guastini – Alessio Sardo
Bostock: un caso di discriminazione sul lavoro*

ABSTRACT: *Strictly speaking, Bostock is not a constitutional case. It is an employment law case: more precisely, one of discriminatory dismissal. Neil Gorsuch, who writes for the majority of the Roberts Courts, confines the issue to the interpretation of the Civil Rights Act (1964), without developing a real “constitutional argument.” From the perspective of legal reasoning, Bostock is an originalist decision. Both the majority opinion and the dissenting opinions of Samuel Alito and Brett Kavanaugh are attempts to reconstruct and apply the original meaning of the phrase “because of sex.” In this decision, several forms of originalism intertwine: there is clash between the textualist doctrine, on the one hand, and the doctrine of public meaning combined with intention-based arguments, on the other. But, in truth, the majority opinion’s textualism seems to “hide” a dynamic and evolutionary interpretation that updates the original meaning of the Civil Rights Act to include sexual orientation in the protection against sex-based discriminations. When combined with other recent decisions, Bostock seems part of a broader strategy of the Roberts Court oriented towards the systematization of the federal law in the area of employment discrimination.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. “Because of sex”: un’espressione ambigua. – 3. La dottrina originalista e il Titolo VII del *Civil Rights Act*. – 4. L’opinione di maggioranza: un’interpretazione evolutiva mal celata? – 5. Il giudice Alito e la “nave pirata”. – 6. Significato ordinario e separazione dei poteri. – 7. Le virtù passive e la discriminazione sul lavoro. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

[Bostock v. Clayton County, Georgia](#) non è, in senso stretto, un caso costituzionale¹. È un caso di diritto del lavoro: in particolare di licenziamento discriminatorio. E nell’argomentazione, vuoi della maggioranza, vuoi dei dissenzienti, non si fa neppure cenno alla costituzione. Si tratta dunque di un semplice problema di interpretazione della legge federale². Detto altrimenti, la decisione è un esempio di “statutory interpretation”. Neil Gorsuch, il giudice estensore, limita la questione all’interpretazione del *Civil Rights Act* (1964), senza sviluppare un vero e proprio “constitutional argument”³. Le opinioni dissenzienti non si discostano da quest’impostazione generale⁴.

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ [Bostock v. Clayton County, Georgia](#) 590 U.S. __2020; 140 S. Ct. 1731; 2020 WL 3146686; 2020 U.S. LEXIS 3252. È una decisione a maggioranza (6-3) su tre casi riuniti concernenti il licenziamento discriminatorio di lavoratori LGBTQ+: Gerald Bostock, licenziato perché giocava in una lega gay di softball; Donald Zarda, licenziato dopo aver riferito ai colleghi di Altitude Express di essere omosessuale; Aimee Stephens, licenziata da un’impresa di pompe funebri dopo aver annunciato la sua decisione di cambiare sesso.

² La Corte Suprema interviene su questioni di *statutory interpretation* qualora vi siano significativi disaccordi interpretativi tra i giudici federali su materie costituzionalmente rilevanti. In questo caso, la Corte esercita (anche) una funzione nomofilattica, volta a garantire risposte uniformi dai giudici federali su questioni fondamentali, come l’applicazione del *Civil Rights Act*. La US Ct Rule 10 identifica espressamente i disaccordi interpretativi fra le corti federali come un fattore centrale per concedere un *writ of certiorari*. Per quanto riguarda, invece, la notevole salienza politica di [Bostock](#), cfr., almeno, T. L. GROVE, [Which Textualism?](#), in 134 *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*) 265 (September 8, 2020): «The litigation leading up to Bostock also had a partisan valence: although the Obama Administration concluded in 2012 that Title VII’s prohibition on sex discrimination “by definition” encompassed the LGBTQ+ community, the Trump Administration reversed course in 2017, insisting that such an interpretation would lead to “extreme” and “absurd” results».

³ Nicolò Zanon offre una spiegazione convincente di questa scelta della Corte Suprema: nell’ordinamento statunitense manca una dottrina affine alla *Drittwirkung*, che estende l’applicazione dei diritti fondamentali alle controversie tra privati. Per questa ragione, l’*equal protection clause* rileva, almeno in astratto, soltanto per i rapporti tra autorità pubbliche e privati: cfr. N. ZANON, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, in 4 *Quaderni Costituzionali*, 2020, 839.

⁴ L’opinione della maggioranza ha sorpreso molti commentatori – e.g., R. BARNES, *Neil Gorsuch? The Surprise Behind the Supreme Court’s Surprising LGBTQ Decision*, in *The Washington Post* (Jun. 16, 2020, 8:06 PM) – poiché apparentemente in tensione con l’orientamento generalmente conservatore della Corte Roberts e, in particolare, del

E la maggioranza non accenna neppure ad una interpretazione “conforme” o “adeguatrice” sulla base della “equal protection clause”, come pure sarebbe stato possibile, almeno in astratto⁵. Ciò è sorprendente, perché un richiamo al principio generale di eguaglianza sarebbe stato, per la maggioranza, un argomento abbastanza forte.

Fatti salvi alcuni problemi marginali (cui faremo cenno), la questione, al fondo, è elementare. Non coinvolge complesse costruzioni dogmatiche. Semplicemente, si vuol sapere se il vocabolo “sesso” si riferisca solo al sesso biologico o includa anche l’orientamento sessuale.

Vale segnalare che un caso per molti versi simile si era posto nel 1996 di fronte alla Corte di giustizia europea, chiamata a giudicare della legittimità del licenziamento di un transessuale ai sensi della direttiva 207/76, relativa all’attuazione del principio della parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali, e alle condizioni di lavoro.

Il principio della parità di trattamento – dispone l’art. 2 della direttiva – implica l’assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia. L’art 5.1 statuisce che l’applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso. In nessun luogo la direttiva fa riferimento all’orientamento sessuale o al cambiamento di sesso.

Nondimeno, giudicando su un ricorso pregiudiziale di un tribunale britannico, e accogliendo le conclusioni dell’Avvocato generale Tesouro, la Corte (*P. contro S. e Cornwall Country Council*, [causa C-13/94](#)) dichiara illegittimo il licenziamento di un transessuale, fondato precisamente sul suo cambiamento di sesso.⁶

giudice estensore Gorsuch, nominato da Trump. Chi pensa che Gorsuch e Roberts abbiano agito in buona fede, proclama il trionfo del testualismo: un metodo realmente capace di impedire ai giudici di decidere secondo credenze morali e politiche soggettive. Un osservatore malizioso, invece, potrebbe sospettare che la strategia di omettere un’indagine approfondita del parametro sia funzionale a mantenere il divieto di discriminare LGBTQ+ ben separato dal significato originale della Costituzione Americana. Il diritto degli LGBTQ+ a non essere discriminati “because of sex” resta confinato a livello di applicazione dei principi generali propri del *Civil Rights Act*. In questa sede, resteremo neutrali su tale questione, non essendoci elementi sufficienti per ragionare intorno ai motivi politici o morali che hanno potuto influenzare in misura non ovvia le valutazioni di ciascun giudice e, di conseguenza, determinare causalmente l’*outcome* della decisione. Tuttavia, vale la pena di segnalare *en passant* che non è la prima volta che Neil Gorsuch si schiera a favore dei lavoratori: cfr. [Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius](#), No. 12-6294, 2012 WL 6930302 (10th. Cir. Dec. 20, 2012).

⁵ È qui doverosa una precisazione. Affermiamo che l’interpretazione “conforme” o “adeguatrice” sarebbe stata una via percorribile *in astratto* perché, in concreto, questa soluzione risulta ancora difficilmente accessibile a un originalista come Gorsuch. La lettura sostanziale (non meramente procedurale) della *equal protection clause*, necessaria per procedere a interpretazione conforme, è da sempre la *bête noire* degli originalisti, i quali, per almeno tre decenni, hanno osteggiato tale orientamento giurisprudenziale “principialista”, ampiamente utilizzato dalla Corte Warren proprio per aggiornare il significato originario della Costituzione. Gli originalisti hanno spesso raffigurato la lettura sostanziale della *equal protection clause* e l’interpretazione adeguatrice come uno stratagemma adoperato dai giudici *liberal* sia per incorporare un’ideologia egualitaria nella *U.S. Constitution*, sia per giustificare pesanti incursioni nelle competenze dei singoli Stati, mirate a “riscrivere” i contenuti delle leggi da essi promulgate. Per degli esempi paradigmatici di critica originalista alla lettura sostanziale di *equal protection* e *due process clause*, cfr. R. H. BORK, [Neutral Principles and Some First Amendment Problems](#), in 47 *Indiana Law Journal* (*Ind. L. J.*) 1, 1-35 (1971); W. H. REHNQUIST, [The Notion of a Living Constitution](#), in 54 *Texas Law Review* (*Tex. L. R.*) 693, 693-706 (1976); R. BERGER, *Government by Judiciary*, Cambridge, Harvard University Press (1977), 363-372. Per una ricostruzione della *equal protection*, si veda J. A. KUSHNER, [Substantive Equal Protection: The Rehnquist Court and the Fourth Tier of Judicial Review](#), in 53 *Missouri Law Review* (*Mo. L. Rev.*) 423 (1988).

⁶ Effettivamente, come ci suggerisce un *referee* anonimo di questa rivista, il ragionamento sviluppato in *P. contro S. e Cornwall Country Council* (causa C-13/94) è parzialmente diverso da quello di *Bostock*. Per esempio, enfatizzando il valore della dignità e libertà individuale, la Corte di giustizia ricorre a un argomento per principi, di fatto assente in *Bostock*. Inoltre, *P. contro S. e Cornwall Country Council* è una decisione che non ha pretese di testualismo stretto. Infine, i giudici europei non discutono i dettagli del nesso di causalità, come invece fanno i colleghi della Corte Suprema. Tuttavia, fra i due casi, vi sono due analogie rilevanti. In primo luogo, le fattispecie sono del tutto analoghe: i entrambi i casi, si tratta di licenziamenti avvenuti dopo un cambio di sesso del lavoratore. In secondo luogo, così come la *majority*

In considerazione dello scopo della direttiva 207/76 – dice la Corte – l’art. 5.1 della direttiva stessa osta al licenziamento di un transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso. Infatti, poiché il diritto di non essere discriminato a causa del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, la sfera d’applicazione della direttiva non può essere ridotta alle sole discriminazioni dovute all’appartenenza all’uno o all’altro sesso, ma si estende alle discriminazioni determinate dal cambiamento di sesso. Invero queste sono basate essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell’interessato, giacché licenziare una persona per il motivo che intende subire o ha subito un cambiamento di sesso significa usarle un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di tale operazione.

Oggidì, la questione non si pone più nel diritto dell’Unione, in virtù della Carta dei diritti del 2000 (poi “costituzionalizzata” nel Trattato di Lisbona, 2009) e della direttiva 2000/78, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

La Carta, all’art. 21, vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata, tra le altre cose, sul sesso e sull’orientamento sessuale: ossia menziona entrambe le cose, equiparandole, sì, ma trattandole come distinte. Anche la direttiva 2000/78 vieta espressamente la discriminazione fondata sulle tendenze sessuali, in quanto cosa distinta dalla discriminazione fondata sul sesso (di cui alla direttiva *refusion* 2006/54).

Oggidì, la questione non si pone neppure nel diritto italiano vigente. Il decreto legislativo 216/2003, in base alla “legge comunitaria 2001” (l. 39/2002), menziona espressamente all’art 2 “l’orientamento sessuale” come causa di discriminazione (diretta o indiretta) vietata.

Non è intempestivo notare che, nel diritto dell’Unione così come nel diritto italiano, discriminazione secondo il sesso e secondo l’orientamento sessuale, rispettivamente, sono oggetto di disposizioni normative distinte. E, a quanto pare, è ciò che accade anche nel diritto statunitense.⁷

2. “Because of sex”: un’espressione ambigua.

Tornando a *Bostock*, malgrado la verbosità della opinione di maggioranza, così come delle opinioni dissenzianti, la questione principale, come si diceva, è piuttosto semplice e, all’apparenza, puramente semantica.

Il vocabolo “sesso” è affetto da ambiguità, vaghezza, *open texture*. Nella letteratura sull’interpretazione sempre si esemplifica stucchevolmente adducendo il divieto di veicoli nel parco: i camion senza dubbio sono veicoli, ma che dire dei tricicli? Un altro esempio – meno stucchevole e di maggiore rilevanza pratica – è offerto dal caso *Smith v. United States* (1993). Il diritto di “usare” armi da fuoco include anche il tentativo di barattare una pistola con delle sostanze stupefacenti⁸? Questo tipo di scambio rientra nel significato ordinario di “uso”, riferito a un’arma da fuoco? Ebbene, non c’è dubbio che il vocabolo “sesso” si riferisca al sesso biologico, ma è dubbio (controverso) se debba essere inteso nel senso che si riferisca anche all’orientamento sessuale e al transessualismo. Si tratta, a ben vedere, di una perplessità che concerne l’estensione del termine “sex.”

Come decidere una questione semantica?

di Gorsuch, anche l’opinione della Corte di giustizia assume che la discriminazione in base al sesso includa l’orientamento sessuale, perché l’orientamento sessuale presuppone il riferimento al sesso biologico: “Di conseguenza, la sfera d’applicazione della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all’appartenenza all’uno o all’altro sesso. Tenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, la direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine, come nella fattispecie, nel mutamento di sesso dell’interessata. Infatti, siffatte discriminazioni si basano essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell’interessato. Così, una persona, se licenziata in quanto ha l’intenzione di subire o ha subito un cambiamento di sesso, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione.” (§§ 20-21)

⁷ Cfr. C. SZYMANSKI, *Gli Stati Uniti al passo con l’Unione Europea: l’inclusione dell’orientamento sessuale nel diritto antidiscriminatorio*, in *Diritti Lavori Mercati* (2020) 539, 540.

⁸ *Smith v. United States*, 508 U.S. 223 (1993).

Non vi sono che due modi: (i) guardare al dizionario della lingua e/o all'uso comune (posto che il dizionario non rifletta fedelmente l'uso)⁹ o, invece, (ii) ricostruire l'intenzione del legislatore (l'intenzione semantica, si vuol dire, non lo scopo pratico: ciò che il legislatore voleva dire, non ciò che voleva fare – ammesso che davvero si possa distinguere tra le due cose)¹⁰. *Meaning v. purpose; textualism v. purposivism*.

Sono queste, da sempre, le due dottrine dell'interpretazione fondamentali: letteralismo (o testualismo) e intenzionalismo. Di fatto, due insiemi di tecniche interpretative che mettono capo a due diversi tipi di significato: letterale e intenzionale, rispettivamente.

Non pretendiamo di dire alcunché di nuovo, ma cercheremo solo di fare ordine nelle dottrine normative dell'interpretazione.

La dottrina intenzionalista sostiene che ai testi normativi si debba attribuire il significato conforme alla intenzione (o volontà) dell'autorità normativa (il legislatore, il costituente, etc.)¹¹. Questo modo di vedere solleva ben noti problemi teorici. Non è affatto certo che si possa attribuire una qualsivoglia intenzione ad un soggetto collettivo, giacché l'intenzione è un fenomeno psicologico, come tale individuale¹². Ed è ovvio che i membri di un'assemblea costituente, del Congresso, o di un qualsivoglia organo legislativo si fanno spesso portatori di interessi più generali. Tuttavia, è pressoché impossibile ascrivere loro un'intenzione collettiva (una *joint-* o *we-* intention, come usano dire i filosofi dell'azione)¹³, o anche semplicemente un unico scopo esterno comune¹⁴. È risaputo che i membri di un parlamento deliberano in base a intenzioni, credenze, motivi, e aspettative diversi e spesso opposti¹⁵. Quest'idea è stata recentemente espressa con grande lucidità proprio dall'originalista Amy Coney Barrett, che è stata appena confermata giudice della *Supreme Court*:

⁹ M. L. GEIS, [The Meaning of Meaning in the Law](#), in *Washington University Law Quarterly* 73 (*Wash. U. L. Q.*) 1125, 1134: «dictionary definitions are not definitions at all but guides to usage, and quite vague guides at that». Per un esempio emblematico di uso originalista dei dizionari, cfr. [District of Columbia v. Heller](#) 554 U.S. 570 (2008).

¹⁰ Sulla nozione di "intenzione semantica", cfr. K. E. WHITTINGTON, [Dworkin's Originalism. The Role of Intentions in Constitutional Interpretation](#), in 62 *The Review of Politics* 197, 197-229 (2000); JEFFREY GOLDSWORTHY, [Dworkin as an Originalist](#), in 17 *Constitutional Commentary* 49-78 (2000). Entrambi gli autori usano l'espressione "semantic intention" in un senso analogo al nostro: il significato o i significati semantici che il legislatore o il costituente avrebbe associato alla disposizione. A ben vedere, questa nozione diverge dal concetto di intenzione comunicativa (o *illocutionary intent*): ciò che si intende dire, anche fra le righe, con una enunciazione (così, ad esempio, R. A. POSNER, [Statutory Interpretation – in the Classroom and in the Courtroom](#), in 50 *University of Chicago Law Review* (*U. Chi. L. Rev.*) 800, 817 (1983)). Accettare la nozione di intenzione semantica non implica rinunciare all'idea che l'analisi delle intenzioni comunicative sia, primariamente, una questione di pragmatica del linguaggio. L'identificazione delle intenzioni comunicative ha ad oggetto non già i significati a-contestuali degli enunciati (la semantica), bensì le enunciazioni nel loro contesto specifico (la pragmatica).

¹¹ La dottrina intenzionalista era un tratto distintivo della giurisprudenza dei giudici Southerland e Rehnquist: cfr. [Home Bldg. & Loan Ass'n v. Blaisdell](#), 290 U.S. 398, 453 (1934) (Southerland, J., dissenting): «The whole aim of construction, as applied to a provision of the Constitution, is [...] to ascertain and give effect to the intent, of its framers and the people who adopted it»; W. REHNQUIST, *The Notion of a Living Constitution*, cit., 693, 695: il giudice deve applicare i principi costituzionali «[that] may be derived from the language and intent of the framers». Ulteriori esempi emblematici di originalismo intenzionalista sono R. BERGER, ['Original Intention' in Historical Perspective](#), in 54 *The George Washington Law Review* (*Geo. Wash. L. Rev.*) 296 (1986) e R. S. KAY, [Adherence to the Original Intentions in Constitutional Interpretation](#), in *Northwestern University Law Review* (*Nw. U. L. Rev.*) (1988) 226, 226 *et passim*. Secondo Kay, i giudici devono seguire «the rules of the written constitution in the sense in which those rules were understood by the people who enacted them» (230); «[to] assign a meaning different from the one intended by the original authors [...] merely substitutes some other hypothetical author for the historical ones» (231).

¹² K. A. SHEPSON, [Congress Is a "They", Not an "It": Legislative Intent as Oxymoron](#), in 12 *International Review of Law and Economics* (*Int'l Rev. L. & Econ.*) 239 (1992), 244.

¹³ Si veda, per esempio, M. E. BRATMAN, *Faces of Intention*, Cambridge, Cambridge University Press (1999); M. GILBERT, *Joint Commitment: How We Make the Social World*, Oxford, Oxford University Press (2013).

¹⁴ J. F. MANNING, [Textualism and Legislative Intent](#), in 91 *Virginia Law Review* (*Va. L. Rev.*) 419 (2005), 428-32.

¹⁵ Cfr. R. DWORKIN, [The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve](#), in 65 *Fordham Law Review* (*Fordham L. Rev.*) 1249 (1997), 1253.

«The legislature is not an idealized body that acts with one mind, but a multimember body that produces legislation through a complex and even chaotic process»¹⁶.

Persino discorrere di una mera aggregazione di preferenze individuali sarebbe, in tale contesto, fuori luogo.

Considerazioni del tutto analoghe valgono anche per i *framers* della Costituzione americana: costoro erano in profondo disaccordo su molti elementi di *design* istituzionale, come, per esempio, la costituzionalità dell'atto costitutivo della *Federal Reserve* (un istituto di credito governativo – equivalente grosso modo a una banca centrale – non espressamente previsto dalla Costituzione), i presupposti per la rimozione dei giudici federali dal loro ufficio, il generale funzionamento del potere consultivo, e i limiti alla giurisdizione delle corti federali¹⁷.

E, se mai un'intenzione collettiva sussiste, come può essere accertata? Sembra naturale fare ricorso ai lavori preparatori del testo normativo di cui trattasi (sempre che essi siano documentati)¹⁸. Il ricorso ai lavori preparatori (detti “legislative history”) è però generalmente screditato nella dottrina anglosassone attuale¹⁹, nonostante abbia avuto, almeno in passato, ampia diffusione²⁰. Inoltre, è difficile concepire l'indagine della storia legislativa come un'impresa genuinamente valutativa che identifica semplici fatti storici, come vorrebbe la dottrina intenzionalista²¹.

Riprendendo un'analogia divenuta ormai celebre, si potrebbe affermare che, ogni «[j]udicial investigation of legislative history has a tendency to become [...] an exercise in ‘looking over a crowd and picking out your friends’»²². Inoltre, è raramente possibile riscontrare evidenze oggettive e pubbliche che illustrino in maniera univoca i motivi che determinano – o, almeno, le ragioni che giustificano – l'approvazione di un particolare documento normativo²³. Non è così però per l'originalismo nella variante intenzionalista: assumendo che «the intention of the author is the answer

¹⁶ A. C. BARRETT, [Countering the Majoritarian Difficulty](#), 32 in *Constitutional Commentary* 61 (2017), 73 (book review).

¹⁷ Per una panoramica sui dibattiti in seno alla Convenzione di Philadelphia e i principali punti di disaccordo tra i *framers*, cfr. J. N. RAKOVE, *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, New York, Random House (1997).

¹⁸ A dire il vero, pare a noi che quasi sempre la dottrina intenzionalista sia fatta oggetto, da parte dei giuristi, di adesione meramente *verbale*. Nel senso che, nella maggior parte dei casi, quanti pure la sostengono non cercano affatto l'intenzione dell'autorità normativa nei lavori preparatori, come sarebbe naturale. Preferiscono o cercare una misteriosa “volontà oggettiva della legge” (intesa come cosa diversa dalle, e irrelata alle, soggettive intenzioni dei legislatori), o fare congetture controfattuali intorno a ciò che il legislatore avrebbe disposto se avesse previsto ciò che, di fatto, non ha previsto per nulla. Tutto ciò con la reale intenzione dell'autorità normativa (posto che tale intenzione esista e sia conoscibile) evidentemente non ha nulla a che fare. Sui difetti che affliggono il concetto di volontà oggettiva della legge, cfr. C. NELSON, [What Is Textualism?](#), in 91 *Va. L. Rev.* 347 (2005), 353-7.

¹⁹ Si confronti, a titolo esemplificativo, il seguente celeberrimo passo tratto proprio dall'opera di Antonin Scalia: «[I]t is simply incompatible with democratic government, or indeed, even with fair government, to have the meaning of a law determined by what the lawgiver meant, rather than by what the lawgiver promulgated [...] Government by unexpressed intent is similarly tyrannical. It is the *law* that governs, not the intent of the lawgiver» (A. SCALIA, *Common Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in Amy Gutmann, ed., *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 3, 17. Scalia aveva difeso una tesi analoga anche in [Conroy v. Aniskoff](#), 507 U.S. 511, 519 (1993) (Scalia, J., concurring) («The greatest defect of legislative history is its illegitimacy. We are governed by laws, not by the intentions of legislators»).

²⁰ Cfr. R. H. FALLON, JR., [Constitutionally Forbidden Legislative Intent](#), 130 *Harv. L. Rev.* 523 (2016), 525 («Inquiries into legislative intentions, purposes, and motivations feature prominently in American constitutional law»). Per una ricostruzione degli argomenti intenzionalisti usati dalla *Supreme Court*, si veda C. NELSON, [Judicial Review of Legislative Purpose](#), in 83 *New York University Law Review (N.Y.L. Rev.)* 1784 (2008).

²¹ Sul punto, cfr. N. S. ZEPPOS, [Legislative History and the Interpretation of Statutes: Toward a Fact-Finding Model of Statutory Interpretation](#), in 76 *Va. L. Rev.* 1295 (1990), 1335-60; R. H. FALLON, JR., [The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication](#), in 90 *Notre Dame Law Review (Notre Dame L. Rev.)* 1753 (2015), 1758.

²² [Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Servs., Inc.](#), 545 U.S. 546, 568 (2005) (Kennedy, J.) (citando P. M. WALD, [Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term](#), in 68 *Iowa Law Review (Iowa L. R.)* 195 (1983), 214).

²³ Cfr. P. BREST, [Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive](#), in 1971 *The Supreme Court Review (Sup. Ct. Rev.)* 95 (1971), 131; ID., [The Misconceived Quest for the Original Understanding](#), in 60 *Boston University Law Review (Bu. L. Rev.)* 204 (1980).

to everything»²⁴, l'originalismo intenzionalista prescrive ampio ricorso ai lavori preparatori.²⁵ Resta comunque aperta la questione (previa) cui abbiamo accennato: si può davvero attribuire una intenzione ad un soggetto collettivo?

Secondo la dottrina letteralista, per contro, i documenti normativi – ivi inclusi i testi costituzionali – devono essere intesi molto semplicemente alla lettera, ossia secondo le convenzioni linguistiche (regole sintattiche e semantiche) esistenti. Dunque, sono *in primis* i dizionari e la sintassi che governano l'interpretazione²⁶. In particolare, almeno dall'opera pionieristica di Antonina Scalia in poi, gli originalisti sono soliti definire il testualismo in termini di “significato pubblico” (*public meaning*). La fedeltà al testo della Costituzione o di uno *statute* richiede d'interpretare ogni singola disposizione ricorrendo ai dizionari, utilizzandoli così come avrebbe fatto un parlante ragionevole, linguisticamente competente, e informato, vissuto al tempo di adozione della disposizione stessa²⁷.

È proprio questa la strategia argomentativa adottata da Neil Gorsuch che, dopo aver rimarcato la priorità del significato testuale sul significato intenzionale ricavabile dai lavori preparatori, ricorre proprio ai dizionari per ricostruire il significato semantico della locuzione “because of sex”. A suo avviso, nel contesto del Titolo VII del *Civil Rights Act*, questa locuzione va intesa in senso ampio. Essa include non solo il sesso biologico, ma anche l'orientamento sessuale e il mutamento di sesso²⁸. Gli argomenti non testualisti – come, ad esempio, le considerazioni consequenzialiste sulle implicazioni degli spogliatoi o dei bagni misti per gli impiegati – svolgono un ruolo marginale nella *majority opinion*. Ma anche il letteralismo non è esente da problemi.

Le regole linguistiche – specie quelle semantiche – non sempre sono univoche (se un vocabolo è ambiguo, il dizionario registra l'ambiguità, non la risolve)²⁹ e, soprattutto, non sempre sono stabili. Di fatto, il significato comune muta nel tempo, al mutare degli usi linguistici, delle circostanze sociali, dei modi di vedere diffusi³⁰. Proprio per arginare questi mutamenti, l'originalismo propone di vincolare gli interpreti a un significato “statico”: è giuridicamente vincolante il contenuto comunicativo (“communicative content”) del tempo d'adozione. Inoltre, contano i dizionari storici, non quelli attuali. Negli Stati Uniti, si usa generalmente l'etichetta “tesi della fissazione” (“fixation thesis”) per denotare la priorità del significato storico di un testo di legge o della costituzione scritta³¹. La ricerca del significato originario, normalmente, prevale sugli altri metodi interpretativi.

²⁴ S. FISH, [Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law](#), 29 *Cardozo Law Review* (*Cardozo L. Rev.*) 1109 (2008), 1143-5.

²⁵ Un originalista intenzionalista ricorre ampiamente ai *Records* della Philadelphia Convention e ai *Reports* delle Condizioni di ratifica quando deve interpretare la Costituzione; alla *legislative history* quando deve interpretare uno *statute*. Un testualista, invece, ricorre con meno frequenza a queste fonti, trattandole più che altro come evidenze empiriche del significato pubblico, o come strumento per costruire l'intenzione oggettiva del legislatore attraverso ragionamenti controfattuali. Cfr. C. TIEFER, [The Reconceptualization of Legislative History in the Supreme Court](#), in 2000 *Wisconsin Law Review* (*Wis. L. Rev.*) 205 (2000).

²⁶ Cfr., ad esempio, J. F. MANNING, [Second-Generation Textualism](#), in 98 *California Law Review* (*Cal. L. Rev.*) 1287 (2010), 1288: «Textualism maintains that judges should seek statutory meaning in the semantic import of the enacted text».

²⁷ [Smith v. United States](#) cit. (Scalia, J., dissenting). Si veda anche ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St Paul, Thomson West (2012), 16: «In their full context, words mean what they conveyed to reasonable people at the time they were written».

²⁸ 42 U.S.C. §20000e-2(a)(1): «[I]t shall be an unlawful employment practice for an employer . . . to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin». Il 42 U.S.C. §20000e-2(e)(1) formula un'eccezione espressa alla norma antidiscriminatoria: «in those certain instances where religion, sex, or national origin is a *bona fide* occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise».

²⁹ Si veda, per esempio, J. J. BRUDNEY & L. BAUM, [Oasis or Mirage: The Supreme Court's Thirst for Dictionaries in the Rehnquist and Roberts Eras](#), in 55 *William and Mary Law Review* (*Wm. & Mary L. Rev.*) 283 (2013), 483.

³⁰ E ciò, ovviamente, è particolarmente vero per le clausole generali e, più in generale, per quelle espressioni che incorporano valori politici o morali, e che tanto spesso si incontrano nei testi costituzionali (specie contemporanei), quali: “libertà”, “eguaglianza”, “dignità”, “democrazia”, “progresso”, etc.

³¹ T. B. COLBY & P. J. SMITH, [Living Originalism](#), in 59 *Duke Law Journal* (*Duke L.J.*) 239 (2009), 244-5; L. B. SOLUM, *Constitutional Originalism: A Debate*, Cornell, Cornell University Press 23, 36-63 (2011); ID., *Originalism and*

Tuttavia, accade anche – e questo è un punto assai delicato per la decisione *Bostock* – che i dizionari della lingua non registrino compiutamente gli usi che, al tempo, erano percepiti come nuovi e correnti, ma solo gli usi che, agli occhi del lessicografo, apparivano consolidati, oltre a quelli letterari³². Di qui si dipartono due versioni, potenzialmente confliggenti, del letteralismo: dobbiamo guardare agli usi consolidati, così come sono censiti dai dizionari, o invece agli usi correnti al tempo di adozione, anche se non ancora registrati dai dizionari?

3. La dottrina originalista e il Titolo VII del Civil Rights Act.

Come che sia, quando si tratti di testi normativi risalenti nel tempo, le due dottrine fondamentali – letteralismo e intenzionalismo – si incrociano con altre due dottrine in competizione, la dottrina originalista o statica e la dottrina “evoluzionista”³³ o dinamica dell’interpretazione³⁴: interpretazione originalista v. interpretazione evolutiva, significato originario v. significato odierno o attuale.

L’originalismo raccomanda che, salvo casi eccezionali (ad esempio, precedenti consolidati come *Brown v. Board of Education*)³⁵, ai testi normativi sia attribuito il significato che essi recavano al momento della loro promulgazione³⁶.

L’evoluzionismo, all’opposto, incoraggia gli interpreti ad adattare incessantemente il diritto a nuove circostanze, malgrado l’inerzia delle autorità normative³⁷, e dunque a cambiare l’interpretazione anche consolidata dei testi normativi, specialmente ove si tratti di testi normativi ormai risalenti nel tempo (come sono a volte i testi costituzionali), così da rimediare, per via interpretativa appunto, all’invecchiamento dei testi normativi (o alla mancanza di revisioni costituzionali).

Tendenzialmente, si fa interpretazione evolutiva guardando all’uso comune attuale delle parole più che ai dizionari (che, come si diceva, non sempre registrano fedelmente l’uso corrente). Ma, l’interpretazione evolutiva, in verità, non è di per sé una specifica tecnica interpretativa: ciò che “evolve”, a rigore, non è l’attività interpretativa, ma piuttosto il prodotto dell’interpretazione. Ciò che cambia, in altri termini, è il significato ascritto ad un medesimo testo normativo. Nondimeno, si incontra in dottrina e in giurisprudenza una tecnica standard per argomentare questo tipo di interpretazione: quella che consiste nel fare appello a certi tipi di fatti – così come sono percepiti e

Constitutional Construction, 82 *Fordham L. Rev.* 453 (2013), 456. Come segnala Solum, tutti gli originalisti concordano sulla “fixation thesis”, ma discordano su numerose altre questioni: il novero di fenomeni storici che determinano il significato originario, la relazione tra significato originario e precedenti consolidati che non lo rispettano, e la capacità del significato originario di determinare univocamente la soluzione del caso individuale. I critici dell’originalismo attaccano la “fixation thesis” attraverso il “dead hand argument”: perché vincolarsi alle preferenze di maggioranze politiche di un passato remoto? Cfr., per esempio, M. W. MCCONNELL, *Textualism and the Dead Hand of the Past*, in 66 *Geo. Wash. L. Rev.* 1127 (1998).

³² G. E. MAGGS, [A Concise Guide to the Records of the Federal Constitutional Convention of 1787 as a Source of the Original Meaning of the U.S. Constitution](#), in 80 *Geo. Wash. L. Rev.* 1707 (2012).

³³ Questo vocabolo è infelice, ma non ne troviamo uno migliore.

³⁴ Si veda a titolo d’esempio W. N. ESKRIDGE, JR., [Dynamic Statutory Interpretation](#), in 135 *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)* 1479 (1986/1987).

³⁵ 347 U.S. 483 (1954).

³⁶ Tendenzialmente, l’originalismo raccomanda anche che il prodotto dell’interpretazione sia stabile, che a ciascun testo normativo sia attribuito sempre lo stesso significato; che insomma non si mutino orientamenti interpretativi, che non si rimettano in discussione le interpretazioni ormai consolidate, che la giurisprudenza non compia *revirements*. L’originalismo, insomma, favorisce un atteggiamento genericamente conservatore in materia di interpretazione, nel presupposto che la stabilità dell’interpretazione garantisca “certezza del diritto”, ossia prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle azioni di ciascuno: concretamente, prevedibilità delle decisioni giurisdizionali (ma, in diritto costituzionale, anche prevedibilità delle decisioni dei supremi organi costituzionali).

³⁷ C. SZIMANSKI, [Gli Stati Uniti al passo con l’Unione Europea: l’inclusione dell’orientamento sessuale nel diritto antidiscriminatorio](#), cit., segnala diversi tentativi falliti di modifica per via legislativa del Titolo VIII (p. 540, 546), ricordando che, nel sistema nordamericano, vige il principio di “recesso libero” dal rapporto di lavoro. In tale contesto, il diritto antidiscriminatorio serve anche a mitigare le conseguenze negative del recesso libero.

valutati dall'interprete alla luce delle sue idee di giustizia – quali un mutamento nella coscienza sociale, l'emergere di nuove esigenze della vita sociale (economica, politica, etc.), e simili. Non è altro che una variante della vecchia dottrina della “natura delle cose”.

Negli Stati Uniti, questo tipo di approccio evolutivo, diametralmente opposto all'originalismo, è generalmente associato alle dottrine difese dai *Progressives* e al paradigma della “living constitution”: l'idea che il significato delle leggi e della costituzione – intesa come un “on-going agreement” tra Stati, Governo Federale, e cittadini – vada aggiornato costantemente, in maniera dinamica, caso per caso, tramite letture morali³⁸, sistematizzazione dei precedenti³⁹, considerazioni pragmatiche⁴⁰, o semplicemente attualizzando i significati storici con argomentazioni condivise⁴¹.

Ora, sia il letteralismo, sia l'intenzionalismo possono combinarsi con la dottrina statica e con la dottrina dinamica, dando luogo a quattro possibili orientamenti interpretativi.

(i) Combinata con la dottrina statica, la dottrina letteralista produce una prima variante di “originalismo”: ai testi normativi si deve attribuire il significato letterale che essi avevano all'epoca in cui furono redatti e approvati, l'*original meaning*.

Resta aperto il problema: quale significato letterale? Quello dei dizionari o quello corrente (qualora i due non coincidano)?

(ii) Combinata invece con la dottrina dinamica, la dottrina letteralista dà luogo all'idea che ai testi normativi si debba attribuire il significato letterale che essi assumono nel momento in cui sono interpretati o applicati.

Si suppone, in questo caso, che il significato in questione sia il significato comune piuttosto che quello dei dizionari (ammesso che i due divergano).

(iii) Combinata con la dottrina statica, la dottrina intenzionalista produce una seconda variante di “originalismo”: ai testi normativi si deve attribuire il significato corrispondente all'intenzione dell'autorità normativa, l'*original intent*, poco importa che si tratti di testi assai risalenti nel tempo – come è talvolta il caso dei testi costituzionali – e di autorità normative ormai estinte da tempo.

(iv) Combinata con la dottrina dinamica, la dottrina intenzionalista dà luogo a quel modo di vedere – una evidente finzione – secondo cui l'intenzione delle autorità normative non è data una volta per tutte, cristallizzata nei documenti normativi, ma magicamente evolve, adattandosi al mutare delle circostanze (la “natura delle cose”), la coscienza sociale, o alcunché del genere.⁴²

Entrambe le varianti, testualista e intenzionalista, dell'originalismo si reggono sulla tesi squisitamente politica – difesa con forza, a suo tempo, da Scalia e ripresa in [Bostock](#) sia dalla maggioranza, sia dai dissenzienti – secondo cui gli interpreti non hanno titolo per rimediare all'inerzia delle autorità normative, cambiando essi stessi il diritto, per via interpretativa, quando non mutino i testi normativi. Se, ad esempio, ai giudici fosse consentito attribuire ad una clausola costituzionale un senso diverso da quello originario (sia esso letterale o intenzionale, ciò è indifferente) voluto dai costituenti, essi si sostituirebbero al potere costituente (o al potere di revisione costituzionale), usurpandolo e violando il loro giuramento di fedeltà alla costituzione.⁴³

³⁸ R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard, Harvard University Press, 355-413 (1986).

³⁹ D. A. STRAUSS, *The Living Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1-5 (2010).

⁴⁰ R. A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard, Harvard University Press 57-96 (2003).

⁴¹ P. BOBBITT, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 9-119 (1982).

⁴² La recente dottrina dell'*original methods originalism* è, con tutta probabilità, un tentativo di superare l'*impasse*. L'*original methods* assume che la Costituzione (o gli *statutes* del governo federale) vadano interpretati secondo i canoni e le tecniche interpretative che il costituente (o il legislatore) intendeva adottare. In questo modo, si ritiene possibile una sorta di aggiustamento dinamico del diritto senza “tradire” le intenzioni (minimali) del costituente (o del legislatore federale), che vertono soltanto sul catalogo dei metodi e canoni interpretativi ammissibili. Questa posizione è stata recentemente difesa, per esempio, da J. O. MCGINNIS & M. B. RAPPAPORT, [Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction](#), in 103 *Nw. U. L. Rev.* 751 (2009). Il maggiore problema di questa dottrina è l'impossibilità d'identificare un catalogo preciso e unitario di metodi interpretativi condivisi da un parlamento o dal costituente.

⁴³ R. H. BORK, *Tempting of America*, New York, The Free Press (1990), 133-160; E. J. MELVIN, [Judicial Activism – The Violation of an Oath](#), in 27 *The Catholic Lawyer (Cath. Law.)* 283, 284 (1992) («[W]hen a judge takes his oath to

Infatti, una delle principali ambizioni dell'originalismo è offrire un metodo per l'identificazione del significato originario che sia capace di limitare fortemente i giudizi morali soggettivi e le decisioni *ad hoc* del giudiziario federale.⁴⁴ Il bilanciamento di interessi e valori spetta esclusivamente ad assemblee costituenti e a parlamenti, non ai giudici⁴⁵. Per dirla con Bork, «[J]udges personal... values should not be part of their constitutional interpretations.»⁴⁶ L'aderenza al significato testuale, o all'intenzione del legislatore e del costituente, è raffigurata come un'indagine storica obiettiva che allontana il giudice dalla tentazione di valutare direttamente i profili morali di questioni costituzionalmente rilevanti⁴⁷. Proprio per questo, Gorsuch sottolinea che l'opinione di maggioranza si attiene alla ricostruzione del "plain meaning" del Titolo VII, evitando accuratamente "naked policy appeals".

Ancora un'osservazione marginale. Si è fatto uso ripetuto dell'espressione "risalente nel tempo". Ebbene, quanto "risalente" deve essere un testo normativo per richiedere eventualmente una interpretazione dinamica? La Costituzione federale è, ovviamente, "molto" risalente. Non così il *Civil Rights Act* del 1964. Eppure, come vediamo subito, anche per un testo dopo tutto abbastanza recente il problema si pone.

Questa, a grandi tratti, è la griglia analitica.

Se nella dottrina americana vi sono (e vi sono) distinzioni più sottili, si potrebbero ignorare, perché, dal punto di vista dell'analisi concettuale, sono solo fumo negli occhi⁴⁸. Tra le quattro dottrine che abbiamo enunciato sommariamente vi possono essere sfumature, certo, differenze di linguaggio e di accento, ma non vi è uno spazio logico per dottrine ulteriori.

In *Bostock*, a quanto pare, tutti sono originalisti – l'estensore, così come i dissenzienti – della variante letteralista⁴⁹. Ma è solo un'apparenza, una questione di stile argomentativo: anche adottando una dottrina opposta a quella originalista, essi probabilmente potrebbero giustificare le stesse conclusioni normative.

4. L'opinione di maggioranza: un'interpretazione evolutiva mal celata?

La maggioranza giudica illegittimo il licenziamento di omosessuali e transessuali per violazione del titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964, che proibisce ogni discriminazione "because of sex", ovvero "on the basis of sex".

uphold the Constitution he promises to carry out the intention of the framers»); W. R. BENNETT, *The Mission of Moral Reasoning in Constitutional Law*, in 58 *Southern California Law Review* (*S. Cal. L. Rev.*) 647 (1985); D. J. RICHARDS, *Originalism Without Foundations*, in 65 *N. Y. U. L. Rev.* 1373 (1990), 1377; R. L. WEST, *The Authoritarian Impulse in Constitutional Law*, in 42 *University of Miami Law Review* (*U. Miami L. Rev.*) 531 (1988), 532.

⁴⁴ N. GORSUCH, *A Republic, If You Can Keep It*, New York, Crown Publishing (2019), 131-2: «[T]extualism offers a known and knowable methodology for judges to determine impartially [...] what the law is.». Si veda anche R. S. KAY, *Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses*, in 82 *Nw. U. L. Rev.* 226 (1988), 230.

⁴⁵ Cfr., ad esempio, il caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 190: «This case does not require a judgment on whether laws against sodomy [...] are wise or desirable».

⁴⁶ R. H. BORK, *Address Before the University of San Diego Law School* (Nov. 18, 1985), reprinted in *The Great Debate. Interpreting our Written Constitution*, Washington DC, The Federalist Society 45 (1986).

⁴⁷ M. TUSHNET, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* Boston, Harvard University Press (1988), 23: «By confining the judges to the words of the Constitution as understood by the framers, we ensure that they will not go too far; we bar them from making decisions that in a democratic society are properly made by a political majority». A. SCALIA, *Originalism; The Lesser Evil* in 57 *University of Cincinnati Law Review* (*U. Cin. L. Rev.*) 849 (1989), 863: «[T]he main danger in judicial interpretation of any law is that the judges will mistake their own predilection for the law».

⁴⁸ T. B. COLBY & P. J. SMITH, *Living Originalism*, in 59 *Duke L.J.* 239 (2009), 244-5 (l'originalismo è descritto come una "smorgasbord of distinct constitutional theories").

⁴⁹ Cfr. J. E. FLEMING, *Are We All Originalists Now? I Hope Not!*, 91 in *Tex. L. Rev.* 1785. Sull'attuale pervasività della dottrina originalista nelle argomentazioni delle Corti Federali, cfr. S. C. MOURITSEN, *Judging Ordinary Meaning*, in 127 *The Yale Law Journal* (*Yale L. J.*) 788 (2018), 793.

Orbene, questa conclusione normativa giustificerebbe l'applicazione di test più severi – il ben noto *strict scrutiny*⁵⁰, tradizionalmente associato a fattispecie che implicano discriminazione contro le cosiddette “categorie sospette” (minoranze etniche, religiose, e donne)⁵¹ – anche a casi di discriminazione nei confronti di LGBTQ+. Questo, almeno per i casi di licenziamento che, diversamente, potrebbero essere analizzati tramite l'*intermediate scrutiny* e il *rational basis test*, due test che si rivelerebbero ben meno esigenti nei confronti dei datori di lavoro e della legislazione di Stati membri poco inclini a proteggere i diritti LGBTQ+.

La maggioranza esclude *in limine* che abbia una qualche rilevanza l'intenzione del legislatore: il diritto non è altra cosa dalle parole con cui è formulato («Only the written word is the law»). È irrilevante, in particolare, che il legislatore abbia, o no, previsto l'uno o l'altro caso concreto di applicazione della legge.

Questa è una mossa interpretativa importante, perché, ricostruendo *bona fide* l'intenzione (semantica) del legislatore, presumibilmente la conclusione sarebbe stata diversa. Il dissenziente Alito – di cui diremo dopo – nega che, nel 1964, un qualunque membro del Congresso intendesse il vocabolo “sesso” così come oggi lo intende la maggioranza della Corte, e probabilmente ha ragione in punto di fatto: il suo è un argomento (inconsapevolmente?) intenzionalista, malgrado la sua normale adesione al paradigma testualista di Scalia.

D'altro canto, è prassi costante della Corte – dice Gorsuch, redattore dell'*opinion* di maggioranza – interpretare la legge secondo «the ordinary public meaning of its terms at the time of its enactment», ovvero «the original meaning», o ancora «the plain and settled meaning» (è lecito dubitare che queste espressioni siano perfettamente sinonime). La Corte Roberts è normalmente descritta come la Corte del *plain meaning*. Se i giudici potessero alterare il testo o allontanarsi dal testo, usurperebbero la funzione legislativa: su questo punto non vi è dissenso. È proprio Kavanaugh a parlare espressamente di “usurpazione” nella sua *dissenting*, riprendendo il *Leitmotiv* dell'originalismo classico, quello difeso da Bork, Berger, e Meese III negli anni Settanta e Ottanta⁵². Legiferare o rimediare alle conseguenze indesiderate delle leggi è compito del legislatore, non della Corte.

Gorsuch si affanna a elucidare il concetto di discriminazione, che, per la verità, non sembra controverso. Insiste, per respingere alcune tesi di parte, che la legge proibisce, alla lettera, la discriminazione di individui, non di gruppi. Sottolinea che la discriminazione ha da essere intenzionale, ma pasticcia sul nesso di causalità: la *liability* è vincolata allo standard di causalità, ma Gorsuch non sa decidere se il sesso debba essere “causa” necessaria (“but-for”)⁵³, ossia condizione *sine qua non*, o invece “concausa” (“in part”), della discriminazione⁵⁴. Peraltro, a tratti, l'argomentazione di Gorsuch sembra persino suggerire che il nesso di *liability* sia presente anche solo quando il motivo del licenziamento presuppone latamente il concetto di sesso o di orientamento sessuale come mera ragione contribuente per il licenziamento.

Se si trattasse di una presupposizione, si potrebbe effettivamente sostenere che il ragionamento della maggioranza sia, in verità, più sottile di come potrebbe sembrare a prima vista.⁵⁵ Anche quando il datore di lavoro *intende* discriminare in base all'orientamento sessuale, egli finisce inesorabilmente per discriminare (indirettamente) in base al sesso, perché la nozione di orientamento sessuale *presuppone* il concetto di sesso. In altre parole, la discriminazione in base al sesso è ineluttabilmente

⁵⁰ A. WINKLER, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in Federal Courts*, in 59 *Vanderbilt Law Review* (Vand. L. Rev.) 793 (2006), 796.

⁵¹ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 533 (1996). L'orientamento sessuale non era tradizionalmente elevato al rango di “categoria sospetta” (cfr., ad esempio, *Miss. Univ. For Women v. Hoga*, 458 U.S. 718, 730 (1982)).

⁵² ROBERT H. BORK, *The Constitution, Original Intent, and Economic Rights*, 23 in *San Diego Law Review* (San Diego L. Rev.) 823 (1986), 823; R. BERGER, *Government by Judiciary*, cit., 403; E. MEESE III, U.S. Attorney General, *Speech Before the American Bar Association* (Jul. 9, 1985), in *The Great Debate*, cit., 1, 1.

⁵³ La declinazione della *liability* in termini di nesso causale *but-for* è, con tutta probabilità, l'orientamento maggioritario per i casi di discriminazione decisi sotto la rubrica della “equal protection clause”. Cfr., ad esempio, *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 270 n. 21 (1977).

⁵⁴ Naturalmente, si sta parlando non di “cause” in senso proprio, ma di motivi: i motivi del licenziamento.

⁵⁵ Queste ulteriori precisazioni rispondono a una puntuale osservazione di un *referee* anonimo della presente rivista.

“attivata” da ogni riferimento diretto o indiretto al concetto di sesso biologico, attraverso il meccanismo della presupposizione. Così argomenta Gorsuch. In altre parole, se l’orientamento sessuale è causa della discriminazione, e la nozione di orientamento sessuale presuppone il concetto di sesso, allora la causa ultima della discriminazione è il sesso.

Ma il punto essenziale è che, secondo la maggioranza, la discriminazione in base al sesso è un concetto abbastanza ampio (“broad”) da estendersi anche alla discriminazione fondata sull’orientamento sessuale. Anzi il concetto così si estendeva già nel 1964, alla luce del “plain meaning” delle parole. Tesi poco plausibile, e largamente confutata dai dissenzienti.

L’argomento usato a sostegno di questa tesi, in realtà, non è affatto semantico (non si pretende che il vocabolo “sesso” abbracci anche l’orientamento sessuale): è semplicemente che omosessualità e transessualità sono cose «inestricabilmente legate al sesso». Il che ci pare innegabile⁵⁶.

Del resto, dice Gorsuch, poniamo che un datore di lavoro abbia due dipendenti, un uomo e una donna, entrambi sessualmente attratti da uomini, e che il datore licenzi l’uomo, ma non la donna: non sarebbe forse una discriminazione basata sul sesso? Un argomento forte, a nostro avviso. Alito obietta, debolmente, che no: la causa della discriminazione sarebbe, in questo caso, non il sesso dei due dipendenti, ma il rispettivo orientamento sessuale. Argomento poco persuasivo, perché presuppone ciò che dovrebbe argomentare: precisamente che l’orientamento sessuale non abbia relazione con il sesso (biologico).

Malgrado la professione di fede originalista e letteralista di Gorsuch, [Bostock](#) è un esempio caratteristico di interpretazione evolutiva o dinamica – con effetti estensivi (o “espansivi”, come dice Kavanaugh nella sua *dissenting opinion*) – dove il vocabolo “sesso” è inteso alla luce degli usi linguistici e dei modi di pensare (non del 1964, ma) odierni.

Dice bene Alito: così decidendo, la Corte sta aggiornando il dettato di una vecchia legge, in modo che essa meglio rifletta i valori diffusi nella società (e questo, per Alito, è legiferare). Ma, per l’appunto, ciò non ha nulla a che fare con l’originalismo, e neppure con il letteralismo.

5. Il giudice Alito e la “nave pirata”.

Fin qui l’opinione di maggioranza. Veniamo alla *dissenting* di Alito (condivisa da Thomas).

Alito sostiene che il sesso, da un lato, e l’orientamento sessuale e l’identità di genere, dall’altro, sono cose differenti. Per “sesso” deve intendersi l’insieme di caratteristiche genetiche e anatomiche di un individuo al momento della nascita: insomma, il sesso biologico. E adduce a riprova una serie di dizionari (antecedenti e successivi al 1964), che senza dubbio gli danno ragione: i dizionari provano ciò che la gente avrebbe inteso all’epoca della entrata in vigore della legge.

Dovere della Corte – dice – è attribuire ai termini della legge il significato “ordinario” e “pubblico” che essi trasmettevano a persone ragionevoli al tempo in cui la legge fu scritta, alla luce, beninteso, del contesto sociale: è la dottrina Scalia. Di certo, nessun membro del Congresso, nel 1964, interpretava il testo della legge nel modo che oggi pretende la maggioranza. Anzi, nel 1964, l’omosessualità era considerata un disturbo mentale, moralmente insano e giuridicamente punibile, e l’identità di genere era semplicemente sconosciuta.

Alito non nega che vi sia connessione tra sesso e orientamento sessuale (e transessualità), ma adduce che la legge proibisce la discriminazione “per sesso”, non “per qualunque cosa” che abbia relazione con il sesso. Non era questa l’intenzione del legislatore (“congressional intent”), come si evince dalla “legislative history” (non nel senso di lavori preparatori, ma nel senso, letterale, di storia della legislazione). Come si vede, neanche Alito, dopo tutto, è un testualista conseguente; il suo è, in fin dei conti, un argomento intenzionalista: «The Court’s opinion is like a pirate ship. It sails under a textualist flag». L’argomento testualista è, a sua volta, supportato da un esperimento mentale: quale

⁵⁶ Tra l’altro, Gorsuch ha cura di negare che il divieto di discriminazione sulla base del sesso sia soggetto ad una qualche eccezione implicita, dal momento che il legislatore ha omesso di includerla (ovvio: diversamente non sarebbe implicita).

sarebbe stata l'interpretazione corretta del Titolo VII secondo il cittadino americano medio (*average Americans*) nel 1964? Evidentemente, sarebbe stata ben diversa da quella prospettata dalla maggioranza di Gorsuch.

D'altra parte – osserva Alito – la legge elenca una serie di cause di discriminazione (razza, colore, sesso, origine nazionale), ma l'elenco non include l'orientamento sessuale né l'identità di genere. In altre parole, egli interpreta l'elenco come una lista chiusa (non esemplificativa), sicché, *a contrario*, orientamento sessuale e identità di genere non sono cause di discriminazione. Non nel senso che sia pertanto permesso discriminare secondo quei criteri (Alito non si spinge a tanto), ma nel senso che la legge è silente al riguardo – discriminare secondo l'orientamento sessuale è inqualificato: né permesso, né proibito, giuridicamente indifferente – e solo il legislatore potrebbe colmare la lacuna.

Non per nulla – dice – giacciono al Congresso progetti di legge che, per l'appunto, vorrebbero introdurre un esplicito divieto in tal senso: ciò non farebbe senso se il divieto già esistesse nelle pieghe del *Civil Rights Act*. Se conoscesse il diritto dell'Unione europea, potrebbe aggiungere che anche in Europa sesso e orientamento sessuale sono differenziati, essendo oggetto di atti normativi distinti.

Insomma, il divieto di discriminazione per sesso non pretende null'altro che l'eguale trattamento di uomini e donne: lo dimostra una lunga serie di testi normativi e amministrativi nella storia del diritto nordamericano (statale e federale)⁵⁷. Mentre la maggioranza pretende di “aggiornare” il senso della legge alla luce di ciò che ritiene siano i valori sociali non del 1964, ma del 2020.

Con conseguenze, a suo dire, disastrose: ne menzioniamo una sola (omettendo ogni commento). La decisione della Corte, secondo Alito, potrebbe colpire perfino la libertà di espressione, in particolare nell'uso dei pronomi. Un individuo che non gradisca i pronomi “he” o “she” (e gli aggettivi corrispondenti), perché non si identifica in nessuno dei due sessi (biologici), potrebbe lamentare di essere discriminato/a secondo il sesso e adire un tribunale per ottenere protezione.

6. Significato ordinario e separazione dei poteri.

La *dissenting* di Kavanaugh – oltre ad insistere molto sulla separazione dei poteri, che inibirebbe qualunque interpretazione non testualista – introduce la distinzione tra significato “letterale” e significato “ordinario”.

Il significato letterale, par di capire (Kavanaugh non definisce), è quello registrato dai dizionari. Il significato ordinario, per contro, è “the everyday meaning” o “the common sense reading”. È vero che i due possono discordare. Esempio famoso (che si trova in una antica decisione della Corte, 1893): secondo il dizionario, un pomodoro è tecnicamente un frutto, ma nel linguaggio comune è verdura. Kavanaugh assume che, nel caso in esame, i due significati non coincidano, e sostiene che l'interpretazione debba attenersi non al significato dei dizionari, ma a quello corrente nel linguaggio ordinario. Diversamente, la Corte riscriverebbe (ed è ciò che sta facendo la maggioranza) il diritto e persino il vocabolario americano.

Insomma, nel linguaggio ordinario (*common parlance, common sense*) il sesso è altra cosa dall'orientamento sessuale. Senonché, come ha mostrato persuasivamente Alito, anche i dizionari distinguono tra sesso e orientamento sessuale. Sicché la distinzione di Kavanaugh, tra senso letterale e senso ordinario, è inutile e inconcludente: i due coincidono.

⁵⁷ T. L. GROVE, [Which Textualism?](#) cit., 274-7, nota come le Corti Federali avessero sempre limitato la portata del divieto di discriminazione sessuale proprio facendo leva sulla *legislative history*. In particolare, diversi giudici hanno argomentato che il cosiddetto “sex amendment” fu introdotto dal politico conservatore Howard Smith che, in linea con la maggioranza del Congresso, intendeva la disposizione come una norma programmatica avente per oggetto esclusivamente il sesso biologico, non l'orientamento sessuale. Questa scelta interpretativa sarebbe confermata dal fatto che uno dei principali obiettivi del *Civil Rights Act* era di contrastare la discriminazione razziale, non quella sessuale. Su questo punto, si confronti anche R. C. BIRD, [More than a Congressional Joke: A Fresh Look at the Legislative History of Sex Discrimination of the 1964 Civil Rights Act](#), in 3 *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice* (Wm. & Mary J. Women & L.) 137 (1997).

La differenza tra i due significati – dice ancora – è specialmente importante quando si tratti di interpretare non singole parole, ma espressioni composte (un sintagma, o un enunciato completo). Kavanaugh respinge quella “teoria del significato” (quel modo di interpretare, in realtà) secondo cui il significato di una espressione composta non è altro che la somma dei significati dei vocaboli componenti. Due parole accostate possono assumere un significato diverso da quello che hanno isolatamente. Tesi interessante (e, del resto, largamente diffusa) ma qui del tutto irrilevante: si sta discutendo del significato di “sex”, non di “discrimination because of sex”, e Kavanaugh non offre alcuna interpretazione alternativa della espressione in questione.

La distinzione tra significato letterale e ordinario è sensata, ma alquanto inconcludente in questo contesto. L’appello al significato ordinario, in quanto distinto da quello letterale dei dizionari, potrebbe servire, forse, ad argomentare un’interpretazione evolutiva (il dizionario definisce “sesso” come sesso biologico, e questo era il significato della parola nel 1964, ma oggidi il significato ordinario della parola è più ampio). Come ha mostrato persuasivamente Alito, anche i dizionari distinguono tra sesso e orientamento sessuale. Sicché non si vede come la distinzione di Kavanaugh possa servire ad accreditare un’interpretazione originalista⁵⁸.

Due osservazioni a margine.

La prima è che il letteralismo originalista è assunto dai giudici (tutti, a quanto pare: non vi è una *concurring opinion* non-originalista⁵⁹) solo con il debole argomento politico che qualunque interpretazione diversa, in particolare, evolutiva metterebbe in discussione la separazione dei poteri.

Ciò suppone una teoria ingenua dell’interpretazione: l’idea che i testi normativi abbiano – o avessero al momento della loro formulazione – un significato oggettivo conoscibile⁶⁰.

La seconda osservazione è che un testualismo originalista stretto e conseguente non pare seriamente sostenibile. Di fatto, anche i testualisti adducono continuamente argomenti intenzionalisti.

Aveva forse ragione Alf Ross, quando scriveva che la distinzione tra significato intenzionale e significato letterale – tra interpretazione “soggettiva” e “oggettiva”, come talora si dice – è ingannevole, giacché sempre l’interpretazione parte dal testo e cerca di arrivare all’intenzione⁶¹. La differenza tra le due tecniche interpretative sta nei diversi elementi co-testuali e con-testuali che si prendono in considerazione.

7. *Le virtù passive e la discriminazione sul lavoro.*

Nel romanzo *Les Caves du Vatican* (1914), di André Gide, Protos afferma che “in questo mondo, [è] importante non avere troppo l’aria di quello che si è veramente.” L’opinione della maggioranza

⁵⁸ Sotto questo profilo, la nostra analisi di [Bostock](#) è compatibile con quella T. L. GROVE, [Which Textualism?](#) cit., 279 *et passim*. Grove rileva che l’opinione della maggioranza, da un lato, e le due *dissenting opinions*, dall’altro, rappresentano due forme diverse di testualismo: una più “formalistica”, che si focalizza sul contesto semantico e sui dizionari (Gorsuch); una più “flessibile” (contestualista), che, pur assumendo il significato testuale come punto focale, permette agli interpreti di leggere il testo anche alla luce del contesto politico e sociale del tempo di promulgazione, nonché delle tecniche interpretative e argomentative allora ammesse (Alito e Kavanaugh).

⁵⁹ Come forse ci si aspetterebbe almeno da Stephen Breyer (nominato da Clinton) e da Sonia Sotomayor (nominata da Obama), che sono dichiaratamente anti-originalisti.

⁶⁰ Quando si tratti di interpretazione costituzionale, l’originalismo (nelle sue principali versioni) suppone anche una peculiare concezione delle relazioni tra la Corte suprema e il Congresso: la Corte è pensata, per così dire, come “bocca” della sovranità popolare, quale si è manifestata nell’atto costitutivo, e non invece come un contropotere al potere della maggioranza (che è invece la concezione sottintesa in [Marbury](#)). *Grosso modo*: Madison e Jefferson v. Hamilton e Justice Marshall.

⁶¹ Persino Antonin Scalia, che aveva pur speso parole di critica verso la dottrina intenzionalista, sembra ammettere che la ricostruzione del significato pubblico del testo possa sfociare nella ricerca di una sorta di “intenzione oggettivata.” Cfr., ad esempio, A. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press (1997) 3, 17: «We look for a sort of ‘objectified’ intent – the intent that a reasonable person would gather from the text of the law, placed alongside the remainder of the *corpus juris*». Per un importante approfondimento critico sulla metodologia di Antonin Scalia, si veda P. CHIASSONI, *El textualismo razonable: una tentación resistible*, in A. SCALIA, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, Lima, Palestra, 1-47.

in *Bostock* condivide lo stesso principio: la Corte dichiara la sua fedeltà al testo, ma, di fatto, ascrive al *Civil Rights Act* una norma inespressa; la sentenza sembra una mera difesa dei diritti degli LGBTQ+, ma in realtà è parte di un programma più ampio di sistematizzazione dei principi fondamentali che formano il nucleo del *labor law* americano.

Come adombrato sopra, l'argomento di Gorsuch sembra fare un uso ideologico e surrettizio dell'interpretazione testuale, come evidenziano correttamente le due *dissenting opinions*. Più di una mera applicazione del significato originario del Titolo VII del *Civil Rights Act* (1964), la conclusione normativa (l'interpretazione-prodotto) della maggioranza di Gorsuch è una mal celata interpretazione creativa (e, in ultima analisi, evolutiva) della Corte Suprema, che rilegge il termine "sex" alla luce di convinzioni morali oggi abbastanza diffuse. Tali convinzioni morali, evidentemente, trovano riscontro nei sentimenti di giustizia della maggioranza dei giudici di quella che è stata descritta come la Corte più potente del mondo.

Bostock sembra dare voce al movimento LGBTQ+, che, negli Stati Uniti, sta guadagnato forza crescente. In ultima analisi, potremmo dire che la Corte Suprema ha agito come un organo che – nei termini della teoria di John H. Ely – interviene per "correggere" i difetti del processo democratico, tutelando i diritti delle minoranze politiche⁶².

Peraltro, in *Bostock* la maggioranza di Gorsuch sembra essersi spinta oltre la mera traduzione della morale convenzionale in diritto vigente; la reinterpretazione creativa del *Civil Rights Act* sembra quasi voler anticipare un futuro "progresso morale" dei cittadini americani⁶³. Riprendendo l'illustre teoria di Alexander Bickel, potremmo dire che la maggioranza di Gorsuch ha provato a "immaginare il passato per ricordare il futuro"⁶⁴. Ritenendo che il termine "sex" comprenda anche l'orientamento sessuale, la Corte non ha cristallizzato in una norma giuridica né il significato testuale storico, né la morale convenzionale attualmente o storicamente prevalente (nel 1964): di fatto, ha per così dire "riscritto" il Titolo VII alla luce di una sua previsione sulle preferenze morali che, in futuro, costituiranno probabilmente una nuova ortodossia della morale sociale americana.

In *Bostock*, la Corte Suprema non ha voluto esercitare le cosiddette "virtù passive"⁶⁵, e deferire così agli altri poteri federali la soluzione della questione. Piuttosto, ha considerato le tre cause riunite come un caso "maturo" (*ripe*) per la decisione⁶⁶. La Corte Roberts non poteva certo adottare una decisione pilatesca ricorrendo alla dottrina dello *standing*: negare la presenza di un concreto interesse ad agire delle parti, una soluzione evidentemente non disponibile per il caso di specie. Tuttavia, vi sono altri dispositivi che avrebbero consentito di giustificare un mancato intervento o un'applicazione del principio di *self restraint*, accompagnato a un invito ad agire rivolto al Congresso. Per esempio, la Corte Roberts avrebbe potuto argomentare che "because of sex" è una locuzione ambigua, vaga, e che compete al Congresso risolvere la questione con un'interpretazione autentica; o, ancora, avrebbe potuto usare la *political question doctrine*⁶⁷, precisando che spetta al potere legislativo stabilire una disciplina per i casi di discriminazione in base a orientamento sessuale. Invece, forse anche in ragione della protratta inerzia del Congresso, trovandosi davanti a un giudiziario federale diviso, la Corte Suprema è intervenuta attivamente.⁶⁸

⁶² J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, Cambridge (MA), Harvard University Press (1980), 135-179.

⁶³ A. M. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New York, Evanston, and London, Harper & Row Published, 1970, 102 ss. Cfr. anche N. ZANON, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, cit., sottolinea come la Corte Roberts «non intenda rinunciare a intercettare l'evoluzione della c.d. "coscienza sociale" nell'America attuale.»

⁶⁴ *Id.*, 13.

⁶⁵ A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics. Second Edition*, New Haven & London, Yale University Press, 111-183.

⁶⁶ *Id.*, 143-156.

⁶⁷ J. P. MULHERN, *In Defense of the Political Question Doctrine*, in *U. Pa. L. Rev.* 137 (1988), 98-176.

⁶⁸ Andrew Koppelman illustra come, in un'ottica realista, l'intervento della Corte Suprema si sia limitato ad anticipare una soluzione normativa ormai inevitabile alla luce delle preferenze politiche maggioritarie e del contesto socio-politico generale: cfr. A. KOPPELMAN, *Bostock, LGBT Discrimination, and the Subtractive Moves*, in *Minnesota Law Review Headnotes, Forthcoming, Northwestern Public Law Research Paper No. 20-16* (2020).

La motivazione di Gorsuch, però, non fa alcun riferimento espresso alla protezione delle minoranze, alla “maturità” del caso, o alla funzione contro-maggioritaria della Corte Suprema nell’ordinamento democratico. La retorica di Gorsuch è essenzialmente testualista: attraverso un’operazione filologicamente discutibile, Gorsuch include nel significato originario di “sex” anche “l’orientamento sessuale”⁶⁹; la Corte Suprema avrebbe così operato come bocca della legge, e non come supplente del potere legislativo (federale o statale), senza pregiudizio alcuno per la separazione dei poteri. Le *dissenting opinions* denunciano proprio un uso scorretto dell’indagine lessicografica da parte di Gorsuch. La decisione della maggioranza è come una «nave pirata» che naviga sotto bandiera testualista: l’originalismo (nella variante testualista) è solo il travestimento esterno di una decisione “attivista” e creativa, che estende la protezione del principio di eguaglianza a una peculiare categoria di lavoratori. Questo rilievo ci conduce ad un’ultima riflessione.

Come si diceva in apertura, *Bostock* è essenzialmente un caso di discriminazione sul lavoro. Infatti, fa parte di un “pacchetto” di quattro decisioni prese dalla Corte Suprema nello stesso *Term*, che vertono proprio su *discrimination claims* fondati sulla disciplina giuslavorista federale, su cui le corti sono fortemente divise, fin dall’*Era Lochner* e dall’assalto dei giudici progressisti alla dottrina del *laissez-faire*⁷⁰.

Il 23 marzo 2020, la Corte Suprema ha deliberato all’unanimità sul caso *Comcast Corp. v. NAAAOM*⁷¹, fissando uno standard di controllo elevato per i casi di discriminazione razziale che superano le prime fasi di un processo. A questi casi dev’essere necessariamente applicato il parametro “but-for” come criterio per identificare il fattore motivante che presiede l’adozione di una misura discriminatoria.

Anche in questo caso, così come in *Bostock*, è Neil Gorsuch ad assumere il ruolo di estensore: chi cita in giudizio un datore di lavoro per discriminazione razziale invocando l’articolo 42 U.S. Section 1981 (*Civil Rights Act* del 1866) deve dimostrare, in tutti i gradi del processo, che la razza è la causa effettiva del pregiudizio. Deve farlo ricorrendo necessariamente allo standard “but-for”. Questo standard probatorio, che incombe sul ricorrente, resta costante per tutta la vicenda processuale, senza spostamenti o alleggerimenti dell’onere probatorio.

In base al ragionamento sviluppato dalla Corte in *Comcast Corp.*, se il Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964 consente anche test di imputabilità meno esigenti del “but-for”, questa soluzione, più favorevole per il lavoratore, non si estende invece alla Section 1981 del *Civil Rights Act* del 1866. Questa fonte, risalente del periodo della Ricostruzione, prescrive meccanismi probatori del tutto peculiari, intimamente legati alla *legislative history* del *Civil Rights Act*.

In altre parole, il test della discriminazione di cui al Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964 si considera soddisfatto anche quando l’orientamento sessuale è semplicemente un fattore motivante (e non già causa necessaria) del licenziamento. Ciò, invece, non vale per la Section 1981 del *Civil Rights Act* del 1866: se invoca questa disposizione, il ricorrente dovrà necessariamente provare che il pregiudizio non avrebbe avuto luogo in assenza dell’elemento razziale. Pertanto, l’Entertainment Studios Network (ESN), di proprietà dell’attore e comico Byron Allen, non poteva ottenere rimedi verso la decisione unilaterale di *Comcast Corp.* di non distribuire i contenuti audiovisivi di ESN, in deroga al contratto di lavoro. Gli avvocati di Byron Allen avevano provato soltanto la presenza di un “animus razziale” entro i motivi misti di questo rifiuto, ma non la causalità “but-for.”

Il 6 aprile 2020, la Corte Suprema si è espressa nuovamente su profili di discriminazione sul lavoro nel caso *Babb v. Wilkie*⁷². Con una maggioranza schiacciante di 8 a 1, la Corte ha stabilito un regime probatorio che consente agli impiegati federali di dimostrare in maniera più agevole la sussistenza di

⁶⁹ Nel suo commento a *Bostock*, Nelson Lund sostiene che l’argomento di Gorsuch è solo un “simulacro del reale”: la disposizione “because of sex” è chiaramente ambigua, con buona pace di Gorsuch; la tesi secondo cui il fattore motivante implica necessariamente un “but-for test” non trova riscontro nel testo del Titolo VII. In definitiva, la decisione della maggioranza non è davvero “statica”, bensì “dinamica.” Cfr. N. LUND, *Unleashed and Unbound: Living Textualism in Bostock v. Clayton County*, in 21 *Federalist Society Review*, 176 (2020).

⁷⁰ B. H. FRIED, *The Progressive Assault to Laissez Faire*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001.

⁷¹ *Comcast v. National Association of African-American-Owned Media*, 589 U.S. __ (2020).

⁷² *Babb v. Wilkie*, 589 U.S. __ (2020).

age discrimination. In questo caso – concernente la mancata promozione di Noris Babb, una farmacista impiegata presso U. S. Department of Veterans Affairs Medical Center in Bay Pines, Florida – la pretesa non era fondata sul *Civil Rights Act*, bensì sull’Age Discrimination in Employment Act (ADEA) del 1967, che contiene la seguente disposizione: “All personnel actions affecting employees or applicants for employment who are at least 40 years of age . . . shall be made free from any discrimination based on age.”⁷³.

Scrivendo per la maggioranza della Corte Roberts, il giudice Alito afferma che il significato testuale di questa disposizione non implica che lo standard “but-for” debba essere necessariamente soddisfatto affinché vi possa essere una violazione dell’ADEA. Il fattore dell’età non dev’essere ragione necessaria rispetto alla misura discriminatoria. Secondo Alito, il testo stesso dell’ADEA – interpretato alla luce delle regole sintattiche e semantiche del tempo d’adozione – suggerisce che è sufficiente che l’età sia uno dei motivi presi in considerazione dal datore di lavoro per offrire un trattamento sfavorevole nei confronti di un impiegato federale. Il mancato soddisfacimento dello standard “but-for” è senz’altro rilevante per determinare il rimedio appropriato per una misura discriminatoria (ad esempio, se il criterio non è soddisfatto, il lavoratore non avrà diritto ai *compensatory damages*), ma non è essenziale per dimostrare la sussistenza di una misura discriminatoria.

Infine, in [*Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*](#)⁷⁴, deciso l’8 luglio 2020, la Corte Suprema ha stabilito che i datori di lavoro, da un lato, possono invocare la protezione del Primo Emendamento per evitare interferenze dell’ordinamento nei processi di selezione, promozione, e licenziamento dei “ministri di culto” e di altri soggetti che lavorano in ambiti religiosi – la cosiddetta “ministerial exception”⁷⁵ – ma, dall’altro, l’eccezione va intesa come uno strumento flessibile, che, in contesti religiosi, ascrive al datore di lavoro un margine di discrezionalità maggiore o minore a seconda del tipo d’impiego. Alito, scrivendo per la Corte, spiega che la discrezionalità è massima nel caso di un lavoratore che svolge importanti funzioni religiose; minima, laddove il lavoro abbia una connessione meno diretta con la religione. La Corte ha però richiesto ai datori di lavoro maggiore trasparenza sui criteri e modelli di comportamento prescritti: ad esempio, nel caso di assunzione di un docente, il datore di lavoro dovrà illustrare se l’impegno a pregare con gli studenti, la regolare partecipazione alle funzioni religiose, etc. sono elementi fondamentali per ottenere o mantenere il posto, poiché centrali rispetto alla missione educativa dell’istituto.

Sicuramente, fra tutti questi casi, [*Bostock*](#) è quello di più alto profilo, poiché concerne, da un lato, l’interpretazione del *Civil Rights Act* (1964) – la pietra miliare del diritto antidiscriminatorio statunitense – e, dall’altro, i diritti degli LGBTQ+ che, come si accennava, sono oggetto di ampio e vivace dibattito a livello di morale convenzionale. Tuttavia, le analogie che accomunano [*Bostock*](#), [*Comcast Corp.*](#), [*Babb v. Wilkie*](#) e [*Lady of Guadalupe School*](#) sono molte.

In primo luogo, sono tutte decisioni che vertono sull’applicazione dello standard “but-for” in ambito di discriminazione sul lavoro. La Corte Roberts, dunque, sta provando a sistematizzare quest’area del diritto, assegnando a classi di casi diverse degli standard probatori più o meno esigenti. In secondo luogo, quasi tutte decisioni menzionate sopra sono *statutory interpretation*, poiché la corte non costruisce un vero e proprio *constitutional argument*: fa eccezione [*Lady of Guadalupe*](#) che difende una particolare interpretazione del Primo Emendamento. Infine – e questo è il profilo più rilevante per la teoria dell’interpretazione – sono tutte decisioni testualiste e, in ultima analisi, originaliste. In [*Comcast Corp.*](#), Gorsuch ricorre ad argomenti testuali e alla *legislative history* al fine di illustrare perché il Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964 ammette test di causalità meno stringenti del “but-for” – come il “motivating factor test”, ad esempio – mentre la Section 1981 del *Civil Rights Act* non contempla tale eccezione. Analogamente, in [*Babb v. Wilkie*](#), il giudice Alito ricorre al *plain meaning* “storico” per giustificare l’applicazione di standard probatori più favorevoli al lavoratore in

⁷³ Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA), 88Stat. 74, 29 U. S. C. §633a(a)

⁷⁴ [*Morrissey-Berru*](#), 591 U.S. ____ (2020).

⁷⁵ [*Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*](#), 565 U. S. 171, 196 (2012).

caso di discriminazione per età⁷⁶. In *Lady of Guadalupe*, ancora una volta, Alito ricostruisce contestualmente il significato del Primo Emendamento alla luce del background politico americano al tempo di adozione: i padri costituenti volevano evitare di riprodurre negli Stati Uniti il modello degli *Statutes* inglesi del XVI Secolo, che conferivano alla Corona il potere di nomina e controllo anche per gli uffici religiosi (*religious offices*). In questo caso, l'argomento assume toni quasi intenzionalisti.

8. Conclusioni.

Risulta ancora difficile prevedere le conseguenze di *Bostock* e delle altre tre decisioni appena menzionate nell'ordinamento statunitense. Non ci resta altro che attendere la possibilità di osservare empiricamente l'impatto effettivo di *Bostock* sulle future decisioni delle corti federali. Sarà obbligatorio cambiare le norme che disciplinano l'uso dei bagni? Risorse umane, imprenditori, e dirigenti dovranno forse sottoporsi a corsi di formazione e sensibilizzazione sulla discriminazione LGBTQ+? La maniera di strutturare un curriculum per l'assunzione dovrà necessariamente cambiare (per esempio, si dovrà imporre la rimozione delle foto dal *resume*)? I transgender avranno libertà di scegliere il loro personale *dressing code*, o dovranno necessariamente aderire alle *policies* dell'impresa e alle direttive del datore di lavoro, anche quando non dovessero sentirsi identificati⁷⁷? E che dire dell'accesso ai *fringe benefits*, alle gratifiche, ai premi individuali? Il datore di lavoro potrà fissarli discrezionalmente, o dovrà assicurarsi un eguale trattamento per gli LGBTQ+? Con tutta probabilità, l'ardua risposta a tutti questi interrogativi spetterà alla giurisprudenza delle tredici *circuit courts*⁷⁸.

⁷⁶ *Babb v. Wilkie*, 589 U.S. __ (2020): “So much for the individual terms used in §633a(a). What really matters for present purposes is the way these terms relate to each other. Two matters of syntax are critical. First, “based on age” is an adjectival phrase that modifies the noun “discrimination.” It does not modify “personnel actions.” The statute does not say that “it is unlawful to take personnel actions that are based on age”; it says that “personnel actions . . . shall be made free from any discrimination based on age.” §633a(a). As a result, age must be a but-for cause of discrimination—that is, of differential treatment—but not necessarily a but-for cause of a personnel action itself. Second, “free from any discrimination” is an adverbial phrase that modifies the verb “made.” Ibid. Thus, “free from any discrimination” describes how a personnel action must be “made,” namely, in a way that is not tainted by differential treatment based on age. If age discrimination plays any part in the way a decision is made, then the decision is not made in a way that is untainted by such discrimination. This is the straightforward meaning of the terms of §633a(a), and it indicates that the statute does not require proof that an employment decision would have turned out differently if age had not been taken into account.”

⁷⁷ C. SZIMANSKI, *Gli Stati Uniti al passo con l'Unione Europea: l'inclusione dell'orientamento sessuale nel diritto antidiscriminatorio*, cit., segnala possibili antinomie fra la disciplina antidiscriminatoria del Titolo VII, così come (re-)interpretata in *Bostock*, e la libertà religiosa del datore di lavoro, tutelata dal *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) 42 U.S.C. Section 2000bb et passim (p. 553). La possibilità di antinomie sarebbe peraltro incrementata dalla lettura estensiva delle disposizioni del RFRA operata dalla Corte Suprema in *Burnwell v. Hobby Lobby Stores*, 573 U.S. 682.

⁷⁸ Sul ruolo delle Corti Federali, cfr. E. CHERMERINSKY, *Federal Jurisdiction*, New York, Aspen Publisher, 2012.

Massimiliano Mezzanotte**Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali***

ABSTRACT: *With the onset of the pandemic, the confrontation between the State and the regions has intensified, precisely because of the excessive restrictions adopted at state level. The judgment n. 37 of 2021 is perhaps the tip of the iceberg of this contrast, in which attempts to adopt legislation different from that approved at national level leads the Court to reconsider the limit of international prophylaxis provided for by art. 117, paragraph 2, lett. q), Cost., and to consider it applicable to the case in question, but without resolving other issues that perhaps deserve more attention.*

SOMMARIO: 1. Stato vs. Regioni: la pandemia come ragione del conflitto. – 2. L’oggetto del contendere. – 3. Il limite formale: la «profilassi internazionale». – 4. Il limite sostanziale: le ragioni emergenziali e l’art. 117 Cost. – 5. Le questioni irrisolte.

1. *Stato vs. Regioni: la pandemia come ragione del conflitto.*

La [sentenza n. 37 del 2021](#) è forse la punta dell’iceberg del contrasto che, con l’inizio della pandemia, sta interessando i rapporti tra Stato e regioni.

Da un lato, lo Stato, garante della salute dei cittadini, si trova di fronte alla diffusione di un virus che richiede interventi costanti e uniformi su casi analoghi a livello nazionale.

Nel contempo, le Regioni vedono schiacciate le proprie competenze da questo interventismo costante, idoneo in alcuni casi a travalicare gli stessi confini che la Costituzione attribuisce allo Stato, secondo una logica tesa a contenere la diffusione della malattia.

In questo contrasto mascherato da forme di raccordo tra Stato e regioni, volte a dare corpo e anima al principio di leale collaborazione, trova la sua logica la [sentenza n. 37 del 2021](#) (anticipata nelle sue linee di fondo dall’[ordinanza n. 4 del 2021](#)), che nasce proprio dal desiderio delle Regioni di agire nell’ottica dell’autonomia da vincoli statali stringenti che potrebbero, in alcuni casi, non considerare in modo adeguato le peculiarità di un territorio.

Casi di contrasto nell’ultimo anno non sono mancati¹.

Basti ricordare il caso della Regione Campania, in cui si vietava tra l’altro l’esercizio di attività fisica all’aperto, scelta ritenuta legittima dal TAR regionale; sul fronte opposto, si può far cenno all’ordinanza n. 37 del 29 aprile 2020 del Presidente della Regione Calabria, che invece allargava le maglie dei limiti imposti dallo Stato, consentendo, ad esempio, spostamenti tra Comuni per lo svolgimento di sport individuali, la ripresa di attività di bar, pasticcerie, ristoranti, pizzerie, agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all’aperto, solo per citare alcune misure. In questo caso, il TAR Calabria ha accolto il ricorso, evidenziando che “spetta infatti al Presidente del Consiglio dei Ministri individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus COVID-19, mentre alle Regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dall’art. 3, comma 1, d.l. n. 19 del 2020, che però nel caso di specie è indiscusso che non risultino integrati”. Allo stesso tempo, il giudice amministrativo ha, però, rilevato che “il contrasto nei contenuti tra l’ordinanza regionale e il d.p.c.m. 26 aprile 2020 denota un evidente difetto di coordinamento tra i due diversi livelli amministrativi, e dunque la violazione da parte della Regione Calabria del dovere di leale collaborazione tra i vari soggetti che compongono la Repubblica, principio fondamentale nell’assetto di competenze del Titolo V della Costituzione”².

Si pensi ancora al recente provvedimento del TAR Abruzzo (sede dell’Aquila), che con sentenza n. 18/2021 (a seguito della sospensiva effettuata con decreto cautelare monocratico dell’11 dicembre

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Su tale problematica, E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in [Osservatorio delle fonti](#), fascicolo speciale/2020, 377 ss.; 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, 108 ss..

² Tar Calabria, Catanzaro, Sez. I, 9 maggio 2020, n. 841.

2020), ha annullato l'ordinanza del Presidente della Giunta che derogava alle limitazioni imposte dal Governo riguardanti il territorio regionale. La sentenza ha ritenuto che spettasse all'organo regionale solo la possibilità di introdurre misure derogatorie più restrittive (dandone informazione al Ministro della salute), o ampliative, nei soli casi e con i criteri previsti dai citati decreti e comunque previa intesa con il Ministro della salute. Detto in altri termini, le Regioni possono autonomamente adottare provvedimenti derogatori solo in senso più restrittivo e in presenza di specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario. In caso contrario, gli ampliamenti migliorativi necessitano comunque del formale atto d'intesa con il Ministero della Salute. In conclusione, "nel caso in esame, pur in presenza di un *trend* di miglioramento dei contagi, il provvedimento impugnato è illegittimo solo perché, essendo ampliativo delle possibilità di interazioni fisiche tra le persone, è stato adottato in assenza del necessario presupposto di legge della "previa intesa con il Ministero della Salute"".

Il quadro tratteggiato appare sicuramente chiaro in merito a poteri e competenze delle Regioni spettanti per la gestione della pandemia.

Ma la questione, fino a questo punto, era stata analizzata solo dai giudici amministrativi, non essendo mai stata portata all'attenzione della Corte. Con la sentenza, in esame, invece, si eleva il livello del conflitto, assumendo necessariamente un tono costituzionale, anche in relazione alla natura delle competenze che nel caso in esame entrano in gioco.

2. L'oggetto del contendere.

La [pronuncia](#) in commento ha ad oggetto un'intera legge regionale della Valle d'Aosta³, con la quale la regione autonoma disciplinava, discostandosi dalle scelte statali, la gestione regionale dell'emergenza epidemiologica indotta dalla diffusione del virus Covid-19.

Le doglianze si concentravano principalmente sulla natura delle competenze; si evidenziava che la normativa regionale si poneva in contrasto con la competenza esclusiva statale in tema di profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lett. *q*), Cost.) e di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost.), nonché con gli artt. 118 e 120 Cost., nella parte in cui allocavano funzioni amministrative ad un livello di governo regionale, anche in violazione della chiamata in sussidiarietà che sarebbe stata disposta dalla normativa statale.

Con [ordinanza n. 4 del 2021](#), la Consulta aveva cautelativamente sospeso l'efficacia della normativa, riconoscendo la sussistenza del *fumus boni iuris* (dal momento che gli interventi in materia rientrano nella profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *q*), Cost.) e del rischio di un grave e irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico e per i diritti dei cittadini, come richiesto dall' art. 35 della legge n. 87 del 1953⁴.

Tale provvedimento aveva nel frattempo spinto l'Avvocatura dello Stato a rinunciare alla richiesta di sospensiva dell'ordinanza n. 552 dell'11 dicembre 2020 del Presidente della Regione speciale, fondata proprio sulla legge regionale oggetto della decisione in commento⁵.

³ Legge della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste del 9 dicembre 2020, n. 11, recante "Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza".

⁴ Tale strumento, com'è noto, è stato raramente utilizzato dalla Corte costituzionale; sulla normativa istitutiva del potere di sospensiva e sui casi, P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, 5^a ed., 2019, 93-94; in merito ai requisiti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, v. [ord. 18 marzo 2010, n. 107](#); per un commento, v.E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, su [Osservatorio costituzionale](#), fasc. 2/2021, 154 ss.

⁵ La precedente richiesta di sospensiva urgente era stata rigettata il 17 dicembre 2020, come ricordato sul sito dell'[Ansa](#) il 18 gennaio 2021 (*Covid: ordinanza riapertura, governo rinuncia a sospensiva Tar. Provvedimento regionale basato su legge sospesa da Consulta*), in cui si ricorda, però, che il provvedimento aveva sottolineato che "Un'eccessiva instabilità di disposizioni in ordine a minute attività di bar e ristoranti cagionerebbe non solo negli esercenti ma anche nella cittadinanza situazioni di crescente sconcerto e disordine nelle quotidiane attività per un periodo del resto

La decisione si inserisce quindi su un percorso già segnato dall'[ordinanza n. 4](#). Nella [sentenza n. 37](#), infatti, si ribadisce che la materia rientra in quelle indicate nel secondo comma, lett. *q*) dell'art. 117 Cost., dal momento che “la profilassi internazionale concerne norme che garantiscano “uniformità anche nell’attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale””.

La necessità di un trattamento unitario deriva dalla circostanza che ogni decisione presa a livello locale può influire sulla trasmissibilità internazionale della malattia. Tale logica, quello dell’interesse coinvolto adeguato ad affrontare la problematica, trova la sua base nell’art. 118 Cost., secondo cui la gestione della crisi non può ragionevolmente essere affrontato in modo frazionato. Tutti i profili inerenti alla gestione della pandemia (approccio terapeutico, criteri e modalità di rilevamento del contagio, piano vaccinale, ecc.) devono essere attuati con una visione d’insieme, pur svolgendo le Regioni e gli enti locali un ruolo fondamentale nell’ambito del Servizio sanitario nazionale, “in ragione delle attribuzioni loro spettanti nelle materie “concorrenti” della tutela della salute e della protezione civile”.

Ma, sul punto, la Corte effettua una precisazione di rilievo, dal momento che essa sottolinea come spetti “anche alle strutture sanitarie regionali operare a fini di igiene e profilassi, ma nei limiti in cui esse si inseriscono armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l’incolumità pubblica”. In sostanza, il momento emergenziale determinerebbe una differente considerazione dei compiti e delle funzioni degli attori coinvolti, circostanza confermata anche da una pluralità di norme legislative che hanno delineato questa necessaria visione unitaria, non da ultimo dal Codice della protezione civile (d.lgs. 1/2018).

La Consulta opera, però, anche un passaggio ulteriore, laddove evidenzia che è ipotizzabile che “il legislatore statale, se posto a confronto con un’emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari”, potrebbe scegliere “di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest’ultima. È quanto successo, difatti, a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l’impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire”. Tale dato viene ricondotto alla normativa introdotta dai decreti legge e dai decreti del Presidente del Consiglio su di essi basati, passando attraverso il potere di ordinanza del Ministro della salute.

Uno spazio viene, poi, riservato anche ai Sindaci e alle Regioni, che possono introdurre misure restrittive o ampliative, quest’ultime previa intesa con il Ministro della salute. Ma tale attività deve inserirsi, per le Regioni, nell’ambito del quadro normativo statale ed effettuarsi solo con atti di natura amministrativi, in ragione della loro flessibilità.

Nulla viene, tuttavia, detto su questo impianto, non essendo “in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.p.c.m. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo – ma è, invece, da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale”. La resistente chiedeva, inoltre, di valutare la costituzionalità dei dd.ll. n. 19 del 2020 e n. 33 del 2020, “sia nella parte in cui tali disposizioni comprimerebbero l’autonomia regionale (artt. 117 e 118 Cost.), sia nella parte in cui darebbero vita a “fonti dell’emergenza”, ovvero i d.p.c.m., che non sarebbero contemplate dalla Costituzione, in lesione degli artt. 70, 76 e 77 Cost.”. Essendo la materia oggetto di competenza esclusiva dello Stato, la questione è stata considerata priva di rilevanza.

La ricostruzione porta, quindi, a considerare incostituzionale parte della legge per violazione del riparto stabilito dall’art. 117, comma 2, lett. *q*), Cost., essendo stata invasa la sfera di attribuzione sottratta al suo intervento già in forza dell’art. 36, comma 1, n. 1, della legge 16 maggio 1978, n. 196

brevissimo” e che “l’ordinanza impugnata prescrive limitazioni più stringenti della normativa, verosimilmente di dubbia costituzionalità, di fatto in vigore nella regione”, con il rischio “che la sospensione dell’ordinanza gravata ripristini la più ampia e liberale disciplina dettata dalla menzionata legge”.

(Norme di attuazione dello statuto speciale della Valle d'Aosta)⁶ e prevalente su altre funzioni che statutariamente appartengono alla Valle d'Aosta.

L'esclusività di tale competenza statale non esclude la possibilità di introdurre meccanismi procedurali di raccordo, come, peraltro, effettuato dall'art. 2 del d.l. 19/2021, prevedendosi "che i d.p.c.m. siano preceduti, a seconda degli interessi coinvolti, dal parere dei Presidenti delle Regioni o da quello del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome".

3. Il limite formale: la «profilassi internazionale».

Lo strumento utilizzato a supporto della decisione è, dunque, il limite della profilassi internazionale, previsto dall'art. 117, comma 2, lett. q), come materia di competenza esclusiva dello Stato.

Nel corso degli anni, la Corte vi ha fatto ricorso in diverse decisioni. Prima della riforma del Titolo V, tracce di questo limite si trovavano nel d.p.r. n. 616 del 1977 e nella legge n. 833 del 1978, che riservavano allo Stato le funzioni di natura amministrative in materia di rapporti internazionali e profilassi internazionale marittima, aerea e di frontiera, anche in materia veterinaria. La normativa comunitaria, come sottolineato dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 382/1993](#), non andava ad intaccare tale regola, che vedeva la competenza in materia destinata allo Stato⁷. Tale attribuzione veniva fatta derivare anche dalla responsabilità che lo Stato assumeva nei rapporti internazionali, concetto ribadito peraltro da disposizioni statali (art. 6, lett. a), della legge n. 833 del 1978)⁸. Anche nelle successive leggi di conferimento di ulteriori funzioni e compiti alle regioni e relativi decreti di attuazione (l. n. 59 del 1997 e d.lgs. 112 del 1998), la profilassi internazionale e i compiti di rilievo nazionale per la tutela della salute sono stati mantenuti in capo allo Stato⁹.

Con la modifica del Titolo V, la "profilassi internazionale" è divenuta una materia di competenza esclusiva dello Stato, in ragione proprio del nuovo riparto delle competenze contenuto nell'art. 117 Cost.

La Corte, dal canto suo, ha continuato a considerare tale limite secondo coordinate ben precise, ossia facendo sempre riferimento ad un concetto di profilassi ancorato a discipline interne o europee. Ciò è avvenuto nella [sentenza n. 72 del 2013](#), in cui si è ribadito che è di competenza esclusiva statale il controllo sanitario sul bestiame in transito, in linea con la normativa europea. Iddove tale attribuzione scaturisce dalla necessità di prevedere una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale per la profilassi in campo veterinario. Sul punto, la Consulta ha ritenuto non "superfluo ricordare, in tale quadro di riferimento, che spetta alla competenza del Ministero della salute la cura dei rapporti con l'Organizzazione mondiale della sanità e con altre Agenzie ONU anche per l'attuazione di convenzioni e di programmi sanitari internazionali"¹⁰. Ancora, nella [sentenza n. 12 del 2004](#) è stato sottolineato che rientrano in tale categoria le iniziative previste per il contenimento di malattie animali in relazione agli allevamenti situati in territori individuati da decisioni dell'Unione in diversi Stati europei¹¹.

Nella [sentenza n. 173 del 2014](#)¹², la Corte si è posta sulla stessa linea della [sentenza n. 72 del 2013](#), per cui la disciplina dei controlli veterinari sul bestiame di allevamento rientra nella competenza

⁶ Tale norma esclude dal trasferimento quelle funzioni amministrative attinenti "ai rapporti internazionali in materia di assistenza sanitaria e ospedaliera, ivi compresa la profilassi internazionale",

⁷ [Corte cost., sent. 28 ottobre 1993, n. 382](#); in tal senso, anche [Corte cost., sent. 7 aprile 1994, n. 124](#) e [n. 128](#).

⁸ [Corte cost., sent. 6 aprile 1998, n. 101](#).

⁹ [Corte cost., sent. 22 luglio 1999, n. 351](#).

¹⁰ [Corte cost., sent. 23 aprile 2013, n. 72](#).

¹¹ [Corte cost., sent. 13 gennaio 2004, n. 12](#); nella successiva [sent. n. 406 del 2005](#), invece, la Corte ha fatto discendere l'illegittimità di una legge regionale che disponeva la sospensione della campagna di profilassi obbligatoria prevista per alcune categorie di animali in contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in quanto in palese contrasto con alcune delle prescrizioni fondamentali della normativa europea, pur precisando che ciò avrebbe anche posto "a rischio la complessiva opera di profilassi a livello europeo".

¹² [Corte cost., sent. 13 giugno 2014, n. 173](#).

legislativa esclusiva dello Stato in materia di «profilassi internazionale»¹³, coinvolgente anche i profili riguardanti la «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema», anch'essa riservata alla competenza legislativa dello Stato¹⁴. Il fondamento di tali vincoli è stato ravvisato in atti normativi interni ed europei, che impongono un trattamento uniforme a livello statale e dell'Unione¹⁵.

Nella [sentenza n. 5 del 2018](#), avente ad oggetto un decreto legge e relativa legge di conversione inerente all'obbligatorietà di alcune vaccinazione per i minori fino a sedici anni di età, inclusi i minori stranieri non accompagnati (con relative sanzioni nel caso di inadempimento e divieto di accesso ai servizi educativi per l'infanzia), la Corte ha ritenuto che la relativa disciplina rientrasse nella materia in esame “nella misura in cui le norme in questione servono, come detto, a garantire uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale (come più volte ritenuto da questa Corte, sia pure nel settore veterinario: sentenze [n. 270 del 2016](#), [n. 173 del 2014](#), [n. 406 del 2005](#), [n. 12 del 2004](#))”¹⁶. Nello stesso senso si è espressa, sempre in materia di obblighi vaccinali, nella [sentenza n. 186 del 2019](#), in cui ha richiamato la [decisione del 2018](#)¹⁷.

Dal quadro complessivo emergono quindi le coordinate della materia della “profilassi internazionale”, fondata su nozioni medico-legale e caratterizzata da un rilievo sovranazionale della disciplina di riferimento. Si tratta quindi di un quadro normativo volto ad individuare metodiche per prevenire la diffusione di malattie. Queste regole vanno condivise sia nella fase dell'attuazione che in quella dell'applicazione concreta. Il compito di individuarle spetta all'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS), che deve quindi adottare i provvedimenti volti a contrastare la diffusione di queste malattie.

Nel caso del coronavirus, l'OMS ha scelto una strategia indicata in alcuni documenti, come nel “*COVID-19 strategic preparedness and response plan operational planning guidelines to support country preparedness and response*” (SPRP) del febbraio 2020 e nel “*2019 Novel coronavirus (2019 nCoV): strategic preparedness and response plan*” aggiornato ad aprile 2020, nel quale sono stati individuati 8 pilastri chiave nella risposta alla pandemia COVID-19. Una vera e propria profilassi internazionale, intesa come metodica condivisa a livello sovranazionale per combattere il virus, non è stata mai elaborata. Appare quindi non condivisibile attrarre la pandemia in questo limite, in termini

¹³ Nello stesso senso, anche [Corte cost., 15 dicembre 2016, n. 270](#), che ha ritenuto che la disciplina dei controlli veterinari sul bestiame di allevamento rientri nella materia “profilassi internazionale, oltre che tutela dell'ambiente e dell'ecosistema”.

¹⁴ [Corte cost., 13 giugno 2014, n. 173](#), cit..

¹⁵ Il d.p.r. 8 febbraio 1954, n. 320, recante «Regolamento di polizia veterinaria»; il r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, recante «Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie»; il d. lgs. 22 maggio 1999, n. 196, recante «Attuazione della direttiva 97/12/CE che modifica e aggiorna la direttiva 64/432/CEE relativa ai problemi di polizia sanitaria in materia di scambi intracomunitari di animali delle specie bovina e suina»; la direttiva 21 novembre 1989, n. 89/608/CEE, recante «Direttiva del Consiglio relativa alla mutua assistenza tra le autorità amministrative degli Stati membri e alla collaborazione tra queste e la Commissione per assicurare la corretta applicazione delle legislazioni veterinaria e zootecnica»; la direttiva 17 marzo 1997, n. 97/12/CE, recante «Direttiva del Consiglio che modifica e aggiorna la direttiva 64/432/CEE relativa a problemi di polizia sanitaria in materia di scambi intracomunitari di animali delle specie bovina e suina».

¹⁶ [Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5](#), su cui v. C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*, in *Giur. Cost.*, 1/2018, 100 ss.

¹⁷ [Corte cost., 18 luglio 2019, n. 186](#), secondo cui “la normativa in materia di obblighi vaccinali interseca una pluralità di materie, con prevalenza dei profili ascrivibili alle competenze legislative dello Stato in materia di principi fondamentali sulla tutela della salute (art. 117, comma 3, Cost.); di livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, comma 2, lettera m, Cost.); di norme generali sull'istruzione (art. 117, comma 2, lettera n, Cost.); di profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lettera q, Cost.)”. L'oggetto della sentenza era la legge della regione Molise n. 8 del 2018 che dettava “una disciplina in tema di obblighi vaccinali ai fini dell'iscrizione e dell'accesso dei minori alle scuole d'infanzia e ai servizi educativi per l'infanzia divergente rispetto a quella statale: per un verso più rigorosa, ove sancisce che i responsabili delle strutture scolastiche non procedono all'iscrizione dei minori di età non in regola con gli obblighi vaccinali (art. 1, comma 3, lettera a) e comunicano ai servizi territoriali competenti il mancato assolvimento degli obblighi stessi (art. 1, comma 3, lettera b), attribuendo alla Giunta regionale il compito di apporre le modalità attuative (art. 1, comma 4); per altro verso più permissiva, allorché prevede, sia pur solo in via transitoria, che ai fini dell'iscrizione è sufficiente un non meglio definito avvio del «percorso per l'assolvimento degli obblighi vaccinali» (art. 2) entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge regionale, in luogo dei precisi adempimenti documentali o dichiarativi prescritti dalla legge statale”.

sia formali (con riferimento a documenti vincolanti che stabiliscono un metodo di cura) che sostanziali (ritenendo con tale profilo l'esistenza di una procedura medica atta a prevenire l'insorgere o la diffusione di malattie, pur in assenza di un atto che formalmente lo recepisca). La Corte nella decisione in commento opera una netta sterzata, com'è stato correttamente osservato¹⁸, andando a rompere con il passato e a dare una interpretazione differente in termini di ampiezza del limite in questione.

Neanche il limite della salute può essere invocato a sostegno dell'esclusiva competenza statale, dal momento che sul tema la questione è sicuramente molto complessa (la stessa decisione, d'altronde, esclude tale aspetto) a causa del disposto dell'art. 117, che prevede un vero e proprio "intreccio" di materie contenuto nei commi 2, 3 e 4, e dal quale è derivato un nutrito contenzioso costituzionale¹⁹.

A questo punto, potrebbero essere valutato in modo differente quanto rilevato dalla difesa della regione speciale, secondo cui il fine della normativa impugnata sarebbe stato di "contrastare la pandemia da Covid-19, attraverso misure che tenessero in conto le peculiari condizioni geografiche e abitative della Valle d'Aosta", specificando che, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, "le misure concretamente adottate sarebbero «pienamente compatibili con quelle dettate dal legislatore statale, prevedendo, nelle materie di propria competenza, un adattamento alla specificità del territorio regionale», coerente con «il decentramento delle competenze sanitarie»"²⁰.

4. Il limite sostanziale: le ragioni emergenziali e l'art. 117 Cost.

In realtà, la scelta della Corte pare trovare la sua giustificazione proprio sulla base del fondamento del potere emergenziale nel corso della pandemia. In un passo della decisione, infatti, si rileva che "spetta anche alle strutture sanitarie regionali operare a fini di igiene e profilassi, ma nei limiti in cui esse si inseriscono armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l'incolumità pubblica". Quindi il binomio tutela dell'incolumità pubblica-esercizio di poteri straordinari porta a giustificare l'adozione di provvedimenti del tutto peculiari, che permette di ridisegnare ruoli e competenze degli attori coinvolti. In questo quadro, quindi "il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari", potrebbe giungere a "introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima. È quanto successo, difatti, a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire".

Ciò induce quindi a svolgere due differenti tipologie di rilievi, concatenate tra di loro. Da un lato, infatti, l'affermazione della Corte porta a ritenere che durante l'emergenza i poteri dello Stato subiscano evidentemente una dilatazione, andando ad occupare per esigenze di rilievo nazionale o internazionale, ambiti che necessitano di una risposta unitaria. In quest'ottica, allora, il riferimento alla teoria dei poteri impliciti non sembra erronea, laddove si valuti con attenzione che l'ambito emergenziale, sfuggendo per sua natura al principio di legalità, necessariamente richiede l'intervento con poteri differenti da quelli ordinari e idonei a fronteggiare l'emergenza. Peraltro, tale concezione non è estranea al nostro ordinamento; già nella [sentenza n. 15 del 1982](#), inerente i limiti alla carcerazione preventiva (che erano stati dilatati al fine di contrastare il terrorismo), la Corte rilevò che "di fronte ad una situazione di emergenza...., Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione

¹⁸ G. DI COSIMO, *La pandemia è dello Stato (la Corte costituzionale e la legge valdostana)*, in [laCostituzione.info](#) del 21 marzo 2021.

¹⁹ In tal senso, D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in [Osservatorio Costituzionale](#), fasc. 1/2018, 1 ss., in particolare 9-10.

²⁰ Corte cost. [ord. n. 4 del 2021](#).

d'emergenza"²¹; la salute collettiva diviene quindi l'*occasio legis* (per utilizzare un'espressione della [sentenza del 1982](#)) per giustificare l'intervento in periodi di pandemia.

Anche nella [sentenza n. 303 del 2003](#) si ritiene si sia fatta applicazione di tale principio, laddove si precisa "che è implicita nell'art. 118, comma 1, Cost. , l'attribuzione di una competenza legislativa allo Stato (additiva rispetto a quelle di cui all'art. 117) atta a disciplinare funzioni che richiedono per ragioni di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, un esercizio a livello centrale"²².

Da un punto di vista pratico, diretta conseguenza di quanto appena osservato è il differente rilievo assunto dagli strumenti normativi utilizzati nel periodo della pandemia. L'esercizio del potere normativo secondo lo schema dell'art. 77 Cost. porta a ritenere che la sussistenza di situazioni di fatto tali da legittimare l'intervento straordinario del Governo necessariamente impatta sull'assetto costituzionale sia in termini di titolarità degli organi deputati ad intervenire sia sul riparto delle competenze. Sussisterebbe, come peraltro già evidenziato in dottrina, una sorta di riserva in favore del Governo di intervento tramite una fonte primaria nei casi indicati dalla norma costituzionale, per cui sarebbe inibito l'intervento a qualsiasi altro organo o fonte²³.

Questa ricostruzione incide anche sul riparto delle competenze tra Stato e regioni. Nel caso in esame²⁴, la potestà concorrente "tutela della salute" scompare nei suoi tratti e viene attratta nell'ambito delle funzioni emergenziali che la nostra Costituzione attribuisce al Governo. Si verificherebbe in altri termini un'avocazione di competenze, che richiama nei suoi elementi essenziali l'istituto della "chiamata in sussidiarietà"²⁵, ma ne differisce nella sostanza. Il meccanismo elaborato dalla [sentenza n. 303 del 2003](#), infatti, è di natura procedurale volto ad attrarre, sulla base di attività concertative, sia le funzioni amministrative che quelle legislative. Nel caso in esame, invece, il decreto legge esercita una *vis attractiva* temporanea che può essere esercitata al di fuori di qualsiasi meccanismo procedurale, salvo permettere diversificazioni a livello locale nel quadro della leale collaborazione, come peraltro sottolineato dalla Corte nella sentenza in commento.

In questa dimensione, la distribuzione disposta dall'art. 117 Cost. viene superata da una logica di natura sostanziale che permette un'attrazione per campi materiali, espressione del ruolo di fonte emergenziale svolta dal decreto legge.

Nel contempo, a fronte della necessità di una "gestione unitaria a livello nazionale della pandemia", il profilo procedurale viene valorizzato allorquando bisogna differenziare il trattamento previsto. Insomma, pare vengano individuati due livelli, uno che autorizza l'intervento in aree riservate dalla Costituzione per motivi emergenziale, un altro che consente di regolamentare in modo differente in ragione delle peculiarità dei territori. Un meccanismo che sembra allora molto meno rigido e che permette, in ogni caso, il rispetto dell'autonomia regionale.

5. Le questioni irrisolte.

Costituiva un punto interessante la questione sollevata dalla difesa della regione autonoma in merito alla natura dei d.p.c.m., considerati atti aventi la natura di regolamento "in quanto fonti del diritto generali e astratte, soggette a pubblicità e con efficacia erga omnes, che incidono su diritti di libertà presidiati dalla riserva di legge", che non potrebbero essere "delegati" a gestire l'emergenza sanitaria, neanche tramite un atto di rango normativo primario, anche in considerazione delle competenze legislative della regione autonoma, non comprimibili dalla fonte regolamentare. Per tale ragione, rileva la resistente, "una diversa interpretazione circa la natura dei d.p.c.m. e la loro

²¹ [Corte cost., sent. 14 gennaio 1982 n. 15.](#)

²² G. MORBIDELLI, *Il criterio dell'implicito nel diritto amministrativo e la sua dialettica con il principio di legalità*, in *Principi, regole interpretazioni. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Tomo I, a cura di G. Conte e S. Landini, Mantova, 2017, 298.

²³ G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, 331.

²⁴ Tale ricostruzione potrebbe interessare ovviamente ogni ambito di competenza stabilito dall'art. 117 Cost.,

²⁵ G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, cit., 115.

applicabilità alla Regione autonoma Valle d'Aosta/*Vallée d'Aoste* dovrebbe indurre questa Corte ad auto-rimettere la questione di legittimità costituzionale dei decreti legge che hanno disciplinato i d.p.c.m. che si sono succeduti per affrontare l'emergenza sanitaria da Covid-19²⁶.

Ancora una volta ad essere in discussione è l'intera "concatenazione normativa"²⁷ messa in campo per fronteggiare la pandemia, che, com'è noto, ha sollevato e tuttora solleva un vivace dibattito sulla relativa compatibilità con le disposizioni costituzionali²⁸. Forse è anche per tale motivo che il Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie dell'epoca non aveva dato seguito alla proposta di rinunciare al ricorso, come annunciato in un primo tempo²⁹.

La decisione in commento però non ha trattato questo delicato passaggio, non facendo chiarezza sui tanti (forse troppi) dubbi che, allo stato, interessano questa complessa disciplina, soprattutto per ciò che attiene al rispetto delle garanzie previste per i diritti fondamentali da parte di fonti normative del tutto nuove³⁰ e sulle quali sarebbe stato necessario un intervento puntuale da parte della Corte costituzionale. Anche perché nel frattempo qualche segnale importante è stato dato dai giudici di merito, che hanno iniziato a sottolineare l'impatto che la disciplina introdotta per fronteggiare la pandemia ha nei confronti dei diritti fondamentali.

Com'è avvenuto ad esempio ad opera del GIP del Tribunale di Reggio Emilia che ha dichiarato l'illegittimità del d.p.c.m. dell'8 marzo 2020, con conseguente disapplicazione, in quanto in contrasto con la normativa costituzionale posta a garanzia dei diritti di libertà³¹.

Allora resta da interrogarsi sulla legittimità dell'impianto, sul fatto che il rapporto grave emergenza/esercizio di un potere per contrastarla possa essere effettivamente giustificato o se, al contrario, bisogna rassegnarsi ad una sorta di «temporaneità indefinita che si sgancia da quel limite

²⁶ Corte cost. [ord. n. 4 del 2021](#).

²⁷ In tal senso, M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in [Osservatorio Costituzionale](#), fasc. 3/2020, 142 ss.,

²⁸ Da ultimo, si pensi all'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. III, 14 -15 gennaio 2021, n. 115, in cui i giudici amministrativi, oltre ad accogliere l'appello avverso il diniego di misure cautelari pronunciato in primo grado, sollecitano il Tar alla fissazione dell'udienza in tempi molto brevi al fine di valutare le "significative questioni che, in ragione della loro complessità e del fatto di essere relative ad un delicato bilanciamento fra interessi sensibili, meritano un sollecito approfondimento nel merito, anche in relazione ai dedotti profili di illegittimità costituzionale".

²⁹ Covid: Boccia, *proporrà ritiro impugnativa legge anti Dpcm Vda*. "Corte costituzionale ci ricorda principio leale collaborazione" (sul sito dell'[Ansa](#), il 19 gennaio 2021).

³⁰ Ritiene F. SORRENTINO, *A proposito dell'emergenza coronavirus*, in [Il diritto pubblico della pandemia](#) in *Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo, Consulta OnLine, Genova, 2020, II, 7, che i "poteri del Presidente del Consiglio dei Ministri appaiono del tutto nuovi nel pur frastagliato panorama delle fonti, dal momento che la stessa legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio, che pur prevede un'ampia potestà normativa del governo e dei ministri, non prevede affatto decreti del Presidente del Consiglio del tutto sganciati dal sistema". Sulla problematica della compressione dei diritti fondamentali senza l'intervento garantista del Legislatore e del Presidente della Repubblica, F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in [Osservatorio Costituzionale](#), fasc. 3/2020, 253 ss.

³¹ La massima non ufficiale (in allegato all'articolo di A. GIGLIOTTI, *Sulla illegittimità dei DPCM in una recente sentenza del Tribunale di Reggio Emilia*, su [laCostituzione.info](#) del 16 gennaio 2021), è la seguente: "non è configurabile il delitto di cui all'art. 483 c.p. nei confronti chi abbia dichiarato falsamente di trovarsi in una delle condizioni che consentivano gli spostamenti anche all'interno del Comune di residenza in base al DPCM 8.3.2020, in quanto la norma di cui all'art. 1 del predetto DPCM deve ritenersi contrastante con il principio di riserva di legge e giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. in forza del quale le limitazioni alla libertà personale possono avvenire solo in base ad atto motivato della Autorità giudiziaria (e non già in base ad un atto amministrativo) e "nei casi e nei modi previsti dalla legge" e dunque con provvedimento di natura singolare, essendo invece precluse limitazioni generalizzate e assolute della libertà personale come sarebbe l'obbligo della permanenza domiciliare disposto nei confronti di una pluralità indeterminata di cittadini; da questo punto di vista il divieto di ogni spostamento dalla abitazione, salvo in determinati casi consentiti, si risolverebbe non già in una mera limitazione della libertà di circolazione di cui all'art. 16 Cost., ma in una conculcazione – preclusa alla Autorità Amministrativa, financo al Presidente del Consiglio dei Ministri – dell'inviolabile diritto di libertà personale; conseguentemente, disapplicata in parte qua la norma secondaria contrastante con il dettato costituzionale, la falsa rappresentazione delle condizioni di liceità del comportamento comunque consentito risulta priva di rilevanza offensiva, siccome riconducibile alla categoria del 'falso inutile'".

Già in precedenza, il Giudice di pace di Frosinone con la sentenza n. 516 del 29 luglio 2020 aveva accolto il ricorso di una cittadina contro la sanzione amministrativa comminatale dalla polizia stradale per aver violato il divieto di spostamento per contrasto, tra l'altro, con le garanzie poste a tutela dei diritti di libertà.

temporale che autorizza una deroga al normale assetto del potere»³². Ma anche sul punto, allora, servirà un nuovo intervento della Corte, per far definitiva chiarezza sul perimetro dei poteri che la nostra Costituzione può giungere a riconoscere al decisore politico nei periodi emergenziali.

³² M. PATRONO, *Sentieri virali. Diritto internazionale e politica globale dopo la pandemia: Homo Sapiens*, Modena, 2021, 58.

Carmela Salazar
Lo “statuto costituzionale dello straniero” e il diritto d’asilo* **

*Ohimè, di che uomini ancora arrivo alla terra?
Forse violenti, selvaggi, senza giustizia, oppure ospitali,
e han mente pia verso i numi?
Odissea, VI, 120.*

ABSTRACT: *The paper discusses current migration policies, underlining the need for legislative interventions that mark the abandonment of the emergency approach. Moreover, these interventions, taking into account the now structural nature of immigration, should both favor the regular entry of foreigners for work reasons, and redeem the constitutional right of asylum from the typical uncertainty of rights without law.*

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive. – 2. Lo “statuto costituzionale dello straniero” e la metamorfosi della cittadinanza. – 3. Il diritto costituzionale d’asilo: notazioni problematiche.

1. Notazioni introduttive

Una delle poche certezze sul tema della mia relazione è che esso è ampio, complesso ed al centro di un ricco dibattito multidisciplinare, peraltro di recente divenuto ancora più acceso, in conseguenza dell’approvazione del d.l. n. 113/2018, conv., con modif., nella l. n. 132/218 (c. d. “decreto sicurezza”, o anche “decreto Salvini”), del d.l. n. 53/2019, conv., con modif., nella l. n. 77/2019 (c. d. “decreto sicurezza-bis”) e della loro (parziale) revisione ad opera del d.l. n. 130/2020, conv., con modif., nella l. n. 173/2020. Nel corso di queste brevi note, sarà pertanto possibile svolgere soltanto alcune considerazioni di ordine generale.

Non posso che partire dall’art. 10, comma 2, Cost.: una norma che, per certi versi, sembra preconizzare gli sviluppi futuri dell’ordinamento, assegnando essa alla legge la disciplina della «condizione giuridica dello straniero», ma al tempo stesso esigendo che questa operi «in conformità delle norme e dei trattati internazionali». Si prefigura così – sia pure con riferimento a questo specifico ambito – il doveroso rispetto degli «obblighi internazionali» imposto a tutto tondo al legislatore statale e a quello regionale dalla l. cost. n. 3/2001 (art. 117, comma 1, Cost.). Al tempo stesso, però, l’art. 10, comma 2, Cost. resta ancorato al momento storico in cui ha visto la luce, lasciando trasparire la presunzione che i non-cittadini possano essere definiti alla stregua di una “categoria” unitaria, presunzione che appariva fondata nel momento del varo della Carta, ma che è stata smentita dall’evoluzione dell’ordinamento: nel corso del tempo, tale “categoria” ha infatti subito, sul piano della qualificazione giuridica, un processo di segmentazione, a partire dalla *summa divisio* tra cittadini europei e cittadini extra-europei. Ed è a questi ultimi che, sin dal testo unico sull’immigrazione, la legislazione assegna il *nomen* di *stranieri*, ad essi equiparando, in linea di massima, gli apolidi¹.

Il concetto di *straniero* resta dunque “satellitare” rispetto a quello di *cittadino*, ma nel nostro ordinamento tale *nomen juris* non abbraccia *tutti* coloro che siano privi dello *status civitatis*, riferendosi soltanto a quanti, tra di essi, siano titolari della cittadinanza di uno Stato non appartenente all’UE. A tale operazione definitoria si è poi sovrapposta la delimitazione, sempre in via legislativa, dei molteplici titoli di ingresso e soggiorno attribuibili agli stranieri così individuati,

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista.

** Relazione al webinar “Quale governo per le migrazioni? Seminario di studi interdisciplinari” (20 novembre 2020), organizzato dall’Università degli Studi Bicocca di Milano, da Accademia Diritto e Migrazioni (Università della Tuscia) e Associazione per gli Studi Giuridici sull’Immigrazione. Lo scritto è aggiornato a marzo 2021.

¹ Cfr. l’art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 268/1989, d’ora innanzi TUI.

in connessione a «un complesso variabile di diritti e doveri, secondo un quadro a “geometria variabile” nel quale la condizione giuridica dello straniero non può essere definita in astratto»². Appare corretto, pertanto, parlare di una pluralità di *status*, a seconda che si considerino, ad esempio, gli stranieri regolari o quelli irregolari, i richiedenti asilo o i rifugiati, i c. d. lungo-soggiornanti o i nuovi arrivati, i titolari di carta blu ovvero di permesso unico di lavoro³. L’elenco potrebbe continuare, ma quel che qui interessa è evidenziare come ad ogni “classe” di stranieri si applichino norme di volta in volta differenti, ricavabili (non sempre in modo piano) da ciascuno dei “livelli” – internazionale, europeo, statale e sub-statale – coinvolti nella disciplina del fenomeno migratorio.

Ora, ogni riflessione condotta su questo vasto (e caotico) quadro normativo non può che svilupparsi alla luce della tensione inclusiva ed universalizzante che attraversa i *Principi fondamentali* posti in apertura della Costituzione e ne permea l’intera *Parte Prima*. Per ricostruire lo “statuto costituzionale dello straniero” occorre, perciò, tenere presente che tale tensione si manifesta sin dalla potente metafora che assume a fondamento della Repubblica il lavoro, identificando esso «un elemento profondamente egalitario e addirittura universalistico [...] un dato insuperabilmente umano» (art. 1, comma 1, Cost.)⁴. A ciò può aggiungersi che l’art. 2 Cost. si riferisce ai diritti inviolabili dell’uomo, e che molte norme sui diritti si rivolgono a *tutti* o impongono che *nessuno* sia sottratto alle garanzie da essi previste (artt. 19; 21; 22; 25; 32, ult. comma; 34, comma 1): perfino nel Titolo dedicato ai rapporti politici, tradizionalmente coinvolgenti in via esclusiva i titolari dello *status civitatis*, si rintraccia una norma rivolta a *tutti*, quella sul dovere di contribuzione fiscale (art. 53)⁵. Ancora, molte disposizioni costituzionali sono formulate in modo tale da poter estendere la loro portata a chiunque (ad esempio: artt. 13; 14; 24; 15; 32), o da evocare fasi della vita in cui le situazioni di vulnerabilità sono sperimentabili da ogni essere umano (infanzia, maternità, gioventù: art. 31; inabilità al lavoro, malattia, infortunio, invalidità, vecchiaia, disoccupazione involontaria: artt. 38, cod. civ.; 1-3, Cost.). Infine, e soprattutto, sin dalla [sent. n. 120/1967](#) la Corte costituzionale ha rilevato che, per quanto l’art. 3, comma 1, Cost. si apra con la proclamazione della pari dignità sociale di *tutti i cittadini*, il principio di uguaglianza sia applicabile anche agli stranieri, quando entrino in gioco i diritti fondamentali.

Lungo queste coordinate si snoda la giurisprudenza costituzionale sui diritti (in particolare, sui diritti sociali) degli stranieri, «che vede recessiva, nelle argomentazioni della Consulta, l’interpretazione “letterale” (ma forse sarebbe più giusto dire meramente “letteralistica”) delle diverse disposizioni della Carta nelle quali ci si riferisce espressamente ai “cittadini”», tanto che «al fine di giustificare una diversità di trattamento a danno degli stranieri, nella giurisprudenza costituzionale non sembra oramai sufficiente invocare il differente e peculiare rapporto che lega il cittadino allo Stato di appartenenza, espresso dal legame tendenzialmente più stabile con il territorio (e richiamato dalla [Corte cost., sent. 26 giugno 1969, n. 104](#))»⁶. Naturalmente, «la posizione dello

² Così, F. BIONDI DAL MONTE, *La condizione giuridica dello straniero. Alcune chiavi di lettura*, in AA.VV., *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, a cura di F. Biondi Dal Monte-E. Rossi, Pisa, 2020, 22.

³ Per tutti, v. E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 159 ss. e, più di recente, P. BONETTI, *Migrazioni e stranieri di fronte alla Costituzione: una introduzione*, in *Dir. cost.*, 2/2020, 13 ss.

⁴ In tal senso, v. M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, n. 3/2010, 637.

⁵ In proposito, v. C. PANZERA, *Cittadinanza*, in AA.VV., *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera - A. Rauti, Napoli, 2020, 127.

⁶ Così, A. RAUTI, *Diritto degli stranieri e modelli di cittadinanza*, in F. Astone, R. Cavallo Perin, A. Romeo e M. Savino (curr.), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Atti dei convegni Siracusa, 4 maggio 2017 - Torino, 27 ottobre 2017, consultabile in [Collane.unito.it](#). Si tratta di una notazione diffusa: v., ad esempio, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L’esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/1992, 226, secondo cui «il solo dato certo che emerge dalla giurisprudenza [...] è che il giudice costituzionale ritiene irrilevante il dato testuale»; v. anche S. MABELLINI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva del costituzionalismo multilivello*, in *Dir. soc.*, 1/2013, 292 ss.; A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, 11 ss.

straniero può certo risultare diversa rispetto a quella del cittadino e quindi non si può per ciò solo escludere la ragionevolezza della disposizione che ne prevede un trattamento diversificato» ([Corte cost., sent. n. 186/2020](#)): del resto, «anche negli ordinamenti costituzionali più aperti e inclusivi, vi sono sempre – accanto a diritti riconosciuti a tutti – diritti che spettano solo al cittadino (anzitutto, quelli *stricto sensu* politici) e diritti che spettano solo allo straniero (come quello all’asilo)»⁷. Ma, in linea di massima, l’assenza della cittadinanza italiana non può, *di per sé*, porsi a giustificazione di differenziazioni legislative. La Consulta lo ribadisce spesso, specie quando si tratti dell’accesso a prestazioni rivolte al soddisfacimento di *esigenze vitali* – come nel caso delle cure mediche indifferibili e urgenti – che dovrebbero essere elargite a chiunque le richieda, compresi gli stranieri in posizione irregolare⁸; o, ancora, quando entrino in gioco prestazioni idonee a rispondere a *bisogni primari*, che dovrebbero essere accessibili a tutti coloro i quali *risiedano legalmente* sul territorio⁹, attecchendosi queste a provvidenze che, «per la loro stessa natura, non tollerano distinzioni basate né sulla cittadinanza, né su particolari tipologie di residenza volte ad escludere proprio coloro che risultano i soggetti più esposti alle condizioni di bisogno e di disagio sociale» ([sent. n. 40/2019](#))¹⁰. Ma anche laddove il legislatore configuri un beneficio «senz’altro eccedente i limiti dell’“essenziale” [...], ciò non esclude affatto che le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei destinatari [...] debbano essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza; al legislatore (statale o regionale che sia) è consentito, infatti, introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati, soltanto in presenza di una “causa” normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria»¹¹.

Scorrendo il tracciato giurisprudenziale, ci si avvede peraltro che, nel dichiarare l’incostituzionalità delle discriminazioni irragionevoli prodotte dalle leggi statali o da quelle regionali a danno degli stranieri, la Corte include sovente tra i propri parametri, a seconda dei casi, anche l’art. 14 CEDU o le norme del diritto dell’Unione europea. Queste ultime entrano in gioco, ad esempio, quando il legislatore, nel limitare l’accesso degli stranieri alle prestazioni sociali, entri in rotta di collisione con le direttive sulla parità di trattamento tra cittadini di Paesi terzi e cittadini degli Stati membri. Tale eventualità può anche dare vita a una “doppia pregiudizialità”, traducendosi nella simultanea violazione della Costituzione e della Carta di Nizza-Strasburgo, come dimostra la questione proposta alla Corte di giustizia dalla Corte costituzionale sulle norme statali che subordinano l’erogazione dell’assegno di natalità e dell’assegno di maternità al possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo ([ord. n. 182/2020](#))¹².

Lo spazio a disposizione di queste brevi notazioni non consente di soffermarsi ulteriormente su tale corposa giurisprudenza costituzionale, al centro di un vivace ed ampio dibattito, cui si rinvia¹³.

⁷ Così, C. PANZERA, *Cittadinanza*, cit., 104. Con riguardo al nostro ordinamento, cfr. la visione critica di A. ALGOSTINO, *Il diritto di voto degli stranieri: una lettura - controcorrente - della Costituzione*, in AA.VV., *Ius migrandi, Trent’anni di politiche e legislazione sull’immigrazione in Italia*, a cura di M. Giovannetti - N. Zorzella, Milano, 2020, 450 ss., consultabile in [FrancoAngeli Open Access](#).

⁸ Cfr. art. 35, comma 3, TUI, nonché, tra le altre, [sentt. nn. 252/2001](#), [269/2010](#), [61/2011 della Corte costituzionale](#), che discorre in proposito di “nucleo irriducibile del diritto alla salute”. In tema, v. ora F. BIONDI DAL MONTE, *Salute*, in AA.VV., *Dizionario*, cit., 655 ss.

⁹ Cfr., [sent. n. 432/2005](#), ma v. anche, *ex multis*, [sentt. nn. 306/2008](#); [4/2009](#); [187/2010](#); [329/2011](#); [40/2013](#); [22 e 230/2015](#); [106](#), [107](#) e [166/2018](#).

¹⁰ In questa luce, le clausole di (lungo) residenza sovente inserite nelle leggi (soprattutto regionali) tra le condizioni per l’accesso alle prestazioni sociali, appaiono “sospette”, in quanto si prestano alla creazione di “corsie preferenziali” in favore dei cittadini, se non addirittura di chi sia portatore – più che di una residenza – di un’“appartenenza qualificata” alla comunità locale, secondo una concezione “culturale-identitaria” dell’autonomia locale del tutto inaccettabile. Esse vanno perciò vagliate con particolare attenzione, al fine di verificare l’adeguatezza del collegamento fra finalità del servizio da erogare e caratteristiche soggettive richieste ai suoi potenziali beneficiari ([sentt. n. 44 e 281/2020](#), [9/2021](#)).

¹¹ Così, [Corte cost., sent. n. 432/2005](#), par. 5. 2 cons. in dir.

¹² In proposito, v. S. GIUBBONI, *L’accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel “dialogo” tra le Corti*, in [LavoroDirittiEuropa](#), 1/2021.

¹³ Per notazioni di ordine generale, tra gli scritti più recenti v. M. CARTABIA, *Gli “immigrati” nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in AA.VV., *Quattro lezioni sugli stranieri*, a cura di C.

Appare tuttavia doveroso segnalare come le notazioni sin qui svolte non rivelino nulla di sorprendente, sol che si pensi alla metamorfosi che l'avvento dello Stato costituzionale ha indotto nella *cittadinanza*¹⁴.

2. Lo “statuto costituzionale dello straniero” e la metamorfosi della cittadinanza.

Non c'è dubbio che lo *status civitatis* continui ad offrire protezione a chi ne sia titolare, tanto che l'art. 22 Cost. include la cittadinanza, insieme alla capacità giuridica ed al nome, tra gli elementi costitutivi dell'*identità basilare* della persona, della quale nessuno può essere privato – afferma la norma ora citata – «per motivi politici»¹⁵. Al tempo stesso, però, le considerazioni prima svolte spingono a sostenere che la titolarità della cittadinanza, nella nostra Costituzione, non identifichi più la premessa indispensabile per la rivendicazione del “diritto di avere diritti” cui si riferisce Hanna Arendt, in un celebre passo de *Le origini del totalitarismo*¹⁶.

In proposito, appare di particolare rilievo la precisazione della Consulta secondo cui «i diritti fondamentali dell'uomo spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» ([sent. n. 105/2001](#)). Se i diritti inviolabili dell'uomo non *conseguono* alla nascita della comunità politica, ma ad essa *pre-esistono*, il “diritto di avere diritti” non scaturisce dallo *status civitatis*: è vero, anzi, il contrario, nel senso che la definizione di quest'ultimo da parte della comunità politica dovrebbe essere configurata in modo tale da rispecchiare l'impegno della Repubblica a riconoscere e garantire i diritti inviolabili *dell'uomo* (art. 2 Cost.), per evitare che chiunque – non soltanto chi sia cittadino italiano – si ritrovi a sperimentare *l'astratta nudità* dell'«essere-nient'altro-che uomo» di cui discorre Hanna Arendt¹⁷. Il solo fatto che lo straniero si trovi ai nostri confini o abbia fatto ingresso nel territorio – comunque vi sia giunto – *obbliga* al riconoscimento nei suoi confronti «dei diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti» (art. 2, comma 1, TUD).

Viene qui in luce anche un ulteriore elemento da tenere presente nella riflessione sullo “statuto costituzionale dello straniero”: la metamorfosi subita della cittadinanza in conseguenza

Panzerà - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Napoli, 2016, 3 ss.; A. RUGGERI, *I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza*, in questa *Rivista*, 2017/II, 365 ss.; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 41 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *La condizione*, cit., 21 ss. Con riferimento all'accesso al *welfare* (nazionale e regionale) ed, in particolare, all'edilizia residenziale pubblica, v. A. MORELLI, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in questa *Rivista*, 2018/III, 533 ss.; E. VIVALDI, *Abitazione*, in AA.VV., *Dizionario*, cit., 61 ss.

¹⁴ Cfr. per tutti i contributi di AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzerà - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Napoli, 2016, nonché la recente riflessione di A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Napoli, 2020.

¹⁵ Desta pertanto molte perplessità la norma, introdotta dal d. l. n. 113/2018, cit., che inserisce un nuovo articolo 10-bis nella legge n. 91/1992, ove si prevede (per la prima volta in epoca repubblicana) la possibilità della revoca della cittadinanza, quale “sanzione” che può essere inflitta dal Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno, entro tre anni dalla condanna definitiva per gravi fatti di reato. Tale disciplina non si applica ai cittadini che siano tali *iure sanguinis*, per beneficio di legge o per adozione, indirizzandosi agli stranieri o agli apolidi che siano divenuti cittadini per coniugio o naturalizzazione: da qui, la delineazione di una discriminazione irragionevole, in quanto basata esclusivamente sul modo di acquisto della cittadinanza, in violazione degli artt. 3 e 22 Cost. Cfr. E. CAVASINO, *Ridisegnare i confini tra “noi” e “loro”: interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2019, 1 ss.; L. VIOLA, *La revoca della cittadinanza dopo il decreto sicurezza*, *ivi*, 1/2021, 86 ss.

¹⁶ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1948), tr. it., Milano, 2009, 410. Non a caso, in favore di chi era privato della cittadinanza, la filosofa indicava come “meta-diritto” il *diritto all'asilo*, quale diritto ad essere accolti in una comunità particolare, in quanto riconosciuti membri della famiglia umana e dotati di una dignità che deriva dall'essere-nient'altro-che-uomini: cfr. C. PANZERÀ, *L'asilo come “diritto” alla solidarietà*, in AA.VV., *Attualità di diritto pubblico*, I, a cura di C. Panzerà - A. Rauti, in corso di stampa, 11 (nt. 31) del *paper*.

¹⁷ H. ARENDT, *Le origini*, cit., 415.

dell'affermarsi della democrazia costituzionale si riflette sulla trasformazione subita, in parallelo, dal *territorio*¹⁸. L'assunzione del primato della persona a cardine dell'ordinamento, conducendo all'«eversione del principio di autorità» che segna l'avvento della «sovranità dei valori»¹⁹, comporta inevitabilmente una ridefinizione anche del territorio, in quanto esso, dando forma alla dimensione geografico-politica dell'Italia quale «Repubblica democratica, fondata sul lavoro» (art. 1 Cost.), diviene, secondo una suggestiva formula di Peter Häberle²⁰, “strumento” al servizio dei diritti inviolabili dell'uomo che la Repubblica riconosce e garantisce (art. 2 Cost.). Al tempo stesso, il territorio appare come ambito materiale in cui si formano e si consolidano i legami che attingono all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica, politica e sociale cui si riferisce la norma ora citata. In questa luce, la Repubblica può definirsi alla stregua di una «comunità di diritti e di doveri» composta non soltanto dai cittadini, ma anche da tutti gli stranieri che – con i necessari *distinguo* – «quasi come una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 Cost.».

Questa citazione è tratta dalla nota [sent. n. 172/1999](#) della Corte costituzionale, relativa – come si ricorderà – alla questione di legittimità costituzionale dell'obbligatorietà del servizio di leva degli apolidi. In apparenza, obbligare a difendere la Patria anche chi per definizione non ne ha alcuna, sembrerebbe una contraddizione logica; tuttavia, la Corte ha ritenuto ragionevole la scelta del legislatore, e ciò in quanto essa ha affrancato l'idea di patria dall'angusta definizione di *terra avita* cui si “appartiene” in quanto discendenti *jure sanguinis* da presunti “avi fondatori”, ritenendo invece che l'Italia possa divenire la *patria elettiva* per chiunque la scelga come luogo in cui condurre la propria vita, assumendo l'impegno di condividere il progetto comune su cui si regge ogni *convivenza* che non si riduca a mera *coesistenza*²¹. Nella sentenza ora citata, il territorio italiano appare dunque non solo come luogo di *produzione* (e di *protezione*) *dei diritti fondamentali*, ma anche come luogo di *produzione di legami di solidarietà* tra quanti su di esso convivono, legami che non hanno solo a che vedere con la condivisione di storia e memoria, attingendo invece primariamente all'assunzione dei doveri inderogabili di cui la Repubblica richiede l'adempimento (art. 2 Cost.)²².

Nel medesimo senso depone la [sent. n. 119/2015](#) della Consulta, in cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'esclusione degli stranieri dalla possibilità di prestare il servizio civile nazionale appare legata alla circostanza che, in questo modo, si impediva ad essi di realizzare progetti di utilità sociale e, di conseguenza, di sviluppare il valore del servizio a favore del bene comune: nel che – secondo la Corte – si manifestava un'ingiustificata limitazione tanto al pieno sviluppo della persona quanto all'integrazione nella comunità di accoglienza²³. In tal modo, la Corte ha consentito agli stranieri la possibilità di condividere con i cittadini anche alcuni di quei “compiti

¹⁸ Riprendo qui alcune notazioni svolte in C. SALAZAR, *Territorio, confini, “spazio”: coordinate per una mappatura essenziale*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 1 ss.

¹⁹Le citazioni sono tratte da G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 7; cfr. anche ID., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009, 85.

²⁰Cfr. P. HÄBERLE, *Stato costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma 2000, 7.

²¹ In tema, cfr. A. RAUTI, *Difesa della Patria*, in AA.VV., *Dizionario*, cit., 173.

²²«Lo stesso popolo, [...] in quanto molteplicità strutturata, non si costituisce solo grazie alla coabitazione di più individui sul medesimo territorio, ma deve essere costantemente costruito e ricostruito, sulla scorta di uno sforzo e di un progetto consapevoli»: così, M. LUCIANI, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2011, 3. In sostanza, «solo in un territorio con-diviso può svolgersi una con-vivenza che non sia mera com-presenza tra indifferenti»: per questa precisazione, v. L. RONCHETTI, *Il nomos infranto. Globalizzazione e Costituzione. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007, XXVIII.

²³Sulla sentenza, v. S. PENASA, *Verso una “cittadinanza costituzionale”? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in [Rivista AIC](#), 4/2105, 1 ss.; A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessione sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, *ivi*, 1 ss. In generale, sui doveri dei non cittadini, v. di recente A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini. Tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza*, cit., 52 ss.

comuni” da cui tradizionalmente essi sono stati esclusi, rendendoli così “produttori” della solidarietà espressa dalla collettività, e non soltanto destinatari della stessa²⁴.

3. Il diritto costituzionale d’asilo: notazioni problematiche

Non è un caso se il *territorio* appare per la prima volta, nella Costituzione, in occasione della previsione del diritto d’asilo, che tra i dritti dello straniero è di certo quello che manifesta maggiormente «l’aspirazione universalistica sottesa ai valori di dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà nei quali lo Stato costituzionale trova legittimazione sul piano storico-culturale»²⁵. Come si sa, «l’asilo manca di una configurazione giuridica unitaria, scomponendosi in una molteplicità di istituti quanti sono gli ordinamenti che lo contemplano e, talvolta, persino in relazione al medesimo ordinamento»²⁶: ma di certo la Costituzione lo colloca al “cuore” dello “statuto dello straniero”. Eppure, tuttora nel nostro ordinamento esso si presenta come un *diritto senza legge*²⁷, non essendo mai stata varata dal Parlamento una disciplina organica specificamente rivolta a dare attuazione all’art. 10, comma 3, Cost.: sono così rimasti in ombra gli elementi di originalità e di innovatività connessi al superamento, da parte dei Costituenti, della visione “stato-centrica” sottesa alle norme del diritto internazionale e rinvenibile anche in quelle dell’Unione europea sul sistema comune di asilo (CEAS).

Il discorso meriterebbe un approfondimento impossibile in questa sede, ma si può ricordare che né lo *status* di rifugiato delineato dal diritto internazionale, né la protezione sussidiaria o quella temporanea previste dalle norme europee prevedono un *diritto* all’ingresso nello Stato al quale il richiedente rivolga la propria istanza²⁸. L’art. 10, comma 3, Cost., invece, attribuisce allo straniero «al quale sia impedito nel suo paese l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana» un *vero e proprio diritto soggettivo*, nel cui nucleo essenziale si colloca «una pretesa giuridicamente garantita, per mezzo di apposite leggi – da applicare sotto il controllo dei giudici – ad essere ospitato in Italia»²⁹, al fine di esercitare «tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*» ([Corte cost., sent. n. 11/1968](#)). Per riprendere una recente e suggestiva definizione offerta dalle sezioni unite della Corte di cassazione³⁰, la norma scolpisce un «diritto posto a presidio di interessi essenziali della persona», che «non può recedere al cospetto dello straniero bisognoso di aiuto che, allegando motivi umanitari, invochi il diritto di solidarietà sociale». Pertanto, sempre secondo il Giudice di legittimità, «le condizioni che possono essere definite per legge, necessariamente conformi alle altre norme costituzionali e internazionali, sono quelle chiamate a regolare il soggiorno dell’esule, la definizione dei criteri di accertamento dei requisiti richiesti per l’asilo e le modalità del relativo procedimento di accertamento».

Tuttavia, poiché la disciplina legislativa dell’asilo si trova disseminata nei molteplici decreti legge susseguitisi nel tempo in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri, essa resta iscritta nel versante del “diritto dell’immigrazione” connotato dalla “coazione a ripetere” l’approccio

²⁴ Cfr. M. CARTABIA, *Gli «immigrati»*, cit., 29 ss.

²⁵ M. NICOLINI-C. PANZERA, *Asilo*, in AA.VV., *Dizionario*, cit., 17.

²⁶ Cfr. M. NICOLINI-C. PANZERA, *Asilo*, cit., 19.

²⁷ Per questa formula, v. A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in questa [Rivista](#), 2015/I, 10 ss.

²⁸ Senza contare che «la categoria dei rifugiati politici è meno ampia di quella degli aventi diritto all’asilo, in quanto la Convenzione di Ginevra prevede quale fattore determinante per la individuazione del rifugiato, se non la persecuzione in concreto, un fondato timore di essere perseguitato, cioè un requisito che non è considerato necessario dall’art. 10, comma 3, Cost.»: Corte cass., ss. uu. civ., sent. n. 4674/1997. Sul punto, v. da ultimo C. PANZERA, *Il diritto all’asilo. Profili costituzionali*, Napoli, 2020, 146 ss.

²⁹ In tal senso, v. G. SILVESTRI, *Il diritto fondamentale di asilo e alla protezione internazionale*, in [Questione Giustizia](#), 30 ottobre 2018.

³⁰ Corte cass., SS. UU. civ., sentt. n. 29459, 2960 e 29461 (punto 6.2).

penalistico-emergenziale³¹, dall’“amministrativizzazione” delle misure restrittive della libertà personale dei migranti e dalla «minorata tutela» ad essi riservata in sede processuale³². Si tratta, come è noto, di un *corpus* segnato da tratti autoritari che non si ritrovano in altri versanti del diritto pubblico³³, e che solo in parte sono stati stemperati dalle decisioni della Corte costituzionale. Non mancano importanti decisioni – oltre alla recente [sent. n. 186/2020](#) sulla incostituzionalità del divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo introdotto dal “decreto Salvini”, va ricordata almeno la [sent. n. 249/2010](#), che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’aggravante di clandestinità – ma, in linea di massima, con riguardo alla configurazione delle politiche generali sull’immigrazione la Consulta ha riconosciuto al legislatore un ampio margine di discrezionalità, anche in connessione al compito «ineludibile», gravante sullo Stato, «di presidiare le proprie frontiere»³⁴. In realtà, tale giurisprudenza non esclude che il legislatore sia tenuto a prevedere «procedure rispettose dei diritti, fatta salva, in ogni caso, la possibilità per lo straniero di presentare una domanda di protezione»³⁵. Eppure, nella realtà la discrezionalità legislativa viene esercitata con molta ampiezza, così che ancora oggi le politiche migratorie, e le norme sull’asilo in esse ricomprese, appaiono ispirate alla logica del “purché se ne vadano” di cui discorreva già anni fa A. Pugiotto³⁶.

A tal proposito, basti qui ricordare la revisione della protezione umanitaria, realizzata dal d.l. n. 113/2018 attraverso la cancellazione del permesso di soggiorno connesso a «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (secondo la pregressa formulazione dell’art. 5, comma 6, TUI), in parallelo alla introduzione di una serie di permessi di soggiorno temporanei. La circostanza che la protezione umanitaria avesse assunto il rango di istituto di chiusura del sistema di tutele dello straniero³⁷, non ha impedito alla maggioranza dell’epoca di cancellarla e di “sostituirla” con una serie ipotesi tipizzate, segnandone così la sorte. Essa, infatti, non è stata reintrodotta dal recente d.l. n. 130/2020,

³¹ «Come se il fenomeno migratorio produca da sé sempre situazioni straordinarie, quando invece la necessità e l’urgenza sono soltanto l’effetto di una pervicace impreparazione e sottovalutazione del fenomeno come ordinario da parte dei pubblici poteri, causata dalla persistente incapacità o non volontà di regolarlo sul lungo periodo con misure efficaci»: così, P. BONETTI, *L’insostenibilità, costituzionale delle recenti norme sugli stranieri*, in *Dir. pubbl.*, 3/2019, 658.

³² La citazione è tratta da C. CORSI, *Un (in)arrestabile indebolimento delle garanzie costituzionali nei confronti degli stranieri*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, 15, ma si tratta di una notazione ricorrente: v. ad esempio, nella ricchissima bibliografia, M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, Milano 2012; A. PUGIOTTO, *La “galera amministrativa” degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.* 3/2014, 573 ss.; D. LOPRIENO, “*Trattenere e punire*”. *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli 2018; E. PISTOIA, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Dir. pubbl.*, 1/2020, 117 ss.

³³ Cfr. M. SAVINO, *Per una visione non irenica del diritto dell’immigrazione*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 114.

³⁴ Così *Corte cost.*, [sent. n. 353/1997](#); ma v. anche, tra le altre, anche le [sentt. nn. 172/2012](#); [206/2006](#); [148/2008](#); [202/2013](#); [277/2014](#).

³⁵ Così, F. SCUTO, *Accesso al diritto d’asilo e altri limiti costituzionali al respingimento. Sovranità statale e pericoli di allontanamento dalla Costituzione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2020, 53.

³⁶ A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, a cura dell’AIC, Napoli, 2010, 355 ss. Peraltro, oggi può aggiungersi la precisazione “sempre che arrivino”, se si pensa alle “strategie” adottate per rendere arduo il raggiungimento del territorio della Repubblica ad ogni straniero, anche a quelli che potrebbero vantare il diritto di asilo, ai sensi dell’art. 10, comma 3, Cost. Tra tali discutibili “politiche di non arrivo”, possono farsi rientrare i respingimenti collettivi in acque internazionali – nei quali si concretizza una violazione del divieto di *refoulement*: Corte EDU, *Grande Chambre*, sent. 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* – e le procedure di “esternalizzazione” del controllo sui confini. Emblematico, a tale ultimo proposito, il *Memorandum d’intesa con la Libia sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all’immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica italiana*, stipulato nel febbraio 2017 e rinnovato nel febbraio del 2020. Cfr. A. ALGOSTINO, *L’esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017; M. BENVENUTI, *La forma dell’acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione Giustizia*, 2/2018, 14 ss.; P. BONETTI, *L’insostenibilità*, cit., 659 ss.; M. SAVINO, *La chimera di Tampere*, in *Dir. pubbl.* 1/2020, 5 ss.

³⁷ Cfr. G. SILVESTRI, *Il diritto*, cit.

cit.³⁸: quest'ultimo, del resto, si presenta come un intervento «di aggiustamento, ma non di rottura» rispetto al passato³⁹.

Il d.l. n. 130 ha operato un ripristino solo parziale della precedente formulazione dell'art. 5, comma 6, TUI, avendo riesumato il riferimento agli «obblighi costituzionali e internazionali», ma non anche quello ai «seri motivi umanitari» che giustificavano l'emissione del permesso di soggiorno. Il Governo ha così evitato un'aperta contrapposizione con quello precedente, in cui era presente una tra le forze politiche che compongono anche la maggioranza attuale⁴⁰, senza però rinunciare a dare un segnale di discontinuità, recependo in tal modo il richiamo del Capo dello Stato, contenuto nella lettera inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri in occasione dell'emanazione del “decreto Salvini”, ove si sottolineava che «restano “fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato”, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 Cost. e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia»⁴¹.

Non è possibile, in questa sede, un'analisi dettagliata del d.l. n. 130: tuttavia, è evidente che una questione impellente riguarda l'impatto della mancata restaurazione della protezione umanitaria sull'orientamento della Corte di cassazione che ha tradotto in diritto vivente il processo di «osmosi»⁴² innestatosi, nella persistente inattuazione dell'art. 10, comma 3, Cost., tra il diritto costituzionale d'asilo e le forme di tutela derivanti dallo *status* di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dalla protezione umanitaria⁴³. Come è noto, il Giudice di legittimità ha più volte ribadito che il diritto costituzionale d'asilo è stato «interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti», negando pertanto la persistenza di «alcun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all'art. 10, comma 3, Cost.»⁴⁴.

Si tratta, per la verità, di un orientamento che desta qualche perplessità, poiché l'inesauribile capacità nomogenetica propria dei principi costituzionali esclude che l'attuazione degli stessi, per quanto ad ampio raggio, possa esaurirne la *vis* prescrittiva. Semmai, può individuare *la tutela più intensa* per i diritti da essi sanciti, in esito a un bilanciamento ragionevole tra i diversi diritti in gioco, senza perciò escludere in radice l'eventualità che le norme costituzionali possano trovare applicazione diretta, in sede giurisdizionale, nei casi (inevitabilmente) rimasti “scoperti”⁴⁵. Ci si può allora chiedere se la modifica del quadro normativo in cui si è consolidato il *trend* della Corte di cassazione possa indurre a considerare l'applicazione diretta dell'art. 10, comma 3, Cost. come opzione percorribile, tenendo conto soprattutto delle “scoperture” derivanti dalla cancellazione della protezione umanitaria operata “decreto Salvini”⁴⁶ e dal mancato ripristino della stessa da parte d.l. n. 130.

³⁸ Incontenibile la letteratura su entrambi i decreti: cfr. per tutti P. BONETTI, *L'insostenibilità*, cit., 657 ss.; M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in [Diritto, Immigrazione e Cittadinanza](#), 1/2019, 1 ss.; AA.VV., *Ius migrandi*, cit., 131 ss.; F. RESCIGNO, *Il diritto d'asilo e la sua multiforme (non) attuazione*, in [Diritto, Immigrazione e Cittadinanza](#), 3/2020, 99 ss.; F. SCUTO, *Accesso*, cit., 47 ss.; AA.VV., *Adelante con juicio. Asilo e protezione degli stranieri dopo il d. l. n. 130 del 2020*, a cura di F. Biondi Dal Monte, E. Rossi, estr. dal n. 1/2021 di www.forumcostituzionale.it, 1/2021, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4 gennaio 2021; AA.VV., *Diritti oltre frontiera*, cit.

³⁹ Così, C. CORSI, *Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo*, in AA.VV., *Adelante*, cit., 73.

⁴⁰ Cfr. E. ROSSI, *Novità in tema di permessi di soggiorno e protezione speciale nel d. l. n. 130 del 2020*, in AA.VV., *Adelante*, cit., 78.

⁴¹ La [lettera](#) si legge nelle [Cronache dalle Istituzioni 2018](#) di questa [Rivista](#).

⁴² Cfr. C. PANZERA, *Il diritto*, cit., 148.

⁴³ Cfr. per tutti G. NASCIBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, in AA.VV., *Lo statuto*, cit., 304 ss.; M. BENVENUTI, *La forma*, cit., 15 ss.; E. ROSSI, *Il diritto di asilo tra Costituzione e normativa di attuazione: i recenti sviluppi del tema*, in AA.VV., *Diritti oltre frontiera*, cit., 168 ss.

⁴⁴ Cfr., *ex multis*, Corte cass., sez. VI civ., ord. n. 10686/2012; Corte cass., sez. VI civ., ord. n. 1636/2016; Corte cass., sez. I civ., ord. n. 13082/2019; Corte cass., sez. I civ., sentt. n. 21891, 21894 e 2189/2019.

⁴⁵ Cfr. M. BENVENUTI, *La forma*, cit., 19 ss.; C. PANZERA, *Il diritto*, cit., 149 ss.

⁴⁶ Cfr. il [parere](#) formulato dal CMS ex art. 10, comma 2, l. n. 195/1958 sul d.l. n.113/2018, 6 ss., nonché P. BONETTI, *L'evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo*

In proposito, va evidenziato che, tra le novità introdotte da quest'ultimo, spicca la riformulazione dell'art. 19, comma 1. 1, TUI, che nell'attuale stesura include tra le cause di non respingimento, estradizione ed esclusione, oltre al rischio di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, anche l'esposizione alla violazione della vita privata e familiare dello straniero⁴⁷. La riscrittura trova un'evidente copertura nell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, nell'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e nei principi enunciati dalla CEDU (art. 4, prot. 4; artt. 2; 3 e 8), ma in essa riecheggia anche un importante principio enunciato dalle sezioni unite della Corte di cassazione, con riferimento al quadro normativo precedente l'entrata in vigore del "decreto Salvini", secondo cui «l'orizzontalità dei diritti umani comporta che, ai fini del riconoscimento della protezione, occorre operare la valutazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al Paese di origine, in raffronto alla situazione di integrazione raggiunta nel Paese di accoglienza»⁴⁸.

Su tale norma, per quanto qui rileva, si presenta interessante la notazione contenuta nella [Relazione n. 94/2020](#) dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione, secondo cui il d.l. n. 130 ha «allargato il divieto di respingimento dell'art. 19 alle ipotesi più eclatanti di vulnerabilità, riportabili appunto alla violazione di diritti fondamentali protetti dalla CEDU. *In questo modo, non sembra aver chiuso del tutto la porta a un'applicazione diretta dell'art. 10, comma 3, Cost., per le ipotesi residuali, ma pare averla affidata all'opera giurisprudenziale e dottrinale*» (comma vo aggiunto). La stessa *Relazione*, tuttavia, tratteggia una possibile lettura alternativa, definita «più prudente», secondo cui il richiamo agli obblighi costituzionali e internazionali definisce «una norma di principio, che ha il compito esclusivo di porre le premesse per l'allargamento dell'art. 19 T.U.I., che ne costituirebbe la traduzione tassativa». Si tratterebbe, comunque, «di una tassatività relativa, visto che il nuovo comma 1.1. dell'art. 19 contiene un richiamo molto ampio al diritto al rispetto della vita privata e familiare, consentendo di "riempirlo" con ipotesi molto variegate». Questa ricostruzione suggerisce che la nuova normativa, pur senza ricostituire la protezione umanitaria, al pari di questa mostra un'elevata capacità di adeguarsi «al ritmo crescente e alla variegazione delle ragioni umanitarie che caratterizzano le ultime fasi del fenomeno della migrazione»⁴⁹.

Pertanto, se l'interpretazione giurisprudenziale si orienterà verso questa seconda lettura, la Corte di cassazione potrebbe confermare, nella sostanza, l'orientamento pregresso, ritenendo che la disciplina ora vista sia idonea a "sostituire", nella sostanza, quella sulla protezione umanitaria, mentre qualora prevalessimo la prima interpretazione, potremmo assistere all'apertura di una nuova stagione per il diritto d'asilo, contrassegnata dall'applicazione diretta dell'art. 10, comma 3, Cost.⁵⁰.

costituzionale, in AA.VV., Ius migrandi, cit., 795. In generale, sull'applicabilità diretta dell'art. 10, comma 3, Cost., v. per tutti M. BENVENUTI, *La forma*, cit., 20 ss.; C. PANZERA, *Il diritto*, cit., 152 ss.

⁴⁷ Questa la nuova formulazione della disposizione: «Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'extradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani. Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica, nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine».

⁴⁸ Corte Cass., SS. UU. civ., sent. n. 29459/2019.

⁴⁹ Così, M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Quest. giust.* 2018, 2.

⁵⁰ Per due recenti casi di applicazione diretta della norma costituzionale, al fine di tutelare la posizione di alcuni stranieri che, in conseguenza di un fatto illecito commesso dall'autorità italiana, non avevano potuto fare ingresso nel territorio e si trovavano, perciò, nella impossibilità materiale di presentare domanda per la protezione internazionale, cfr. Trib. Roma, sent. n. 22917/2019 e ord. n. 56420/2020, entrambe consultabili nel sito dell'[Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione – ASGI APS](#).

Ma, al di là della direzione che prenderà l'evoluzione giurisprudenziale, resta pur sempre fermo quanto ribadito a più riprese nel dibattito scientifico ormai annoso sulle politiche migratorie, in merito alla necessità di interventi legislativi ad ampio raggio, che segnino l'abbandono dell'approccio emergenziale e, muovendo dalla constatazione della natura ormai strutturale dell'immigrazione, per un verso favoriscano l'ingresso regolare degli stranieri per ragioni di lavoro, e per l'altro riscattino il diritto costituzionale d'asilo dall'incertezza tipica dei *diritti senza legge*, nel quadro di un riordino della normativa nazionale e di una razionalizzazione dei rapporti tra i vari *status* riconosciuti nei diversi "livelli"⁵¹.

⁵¹ In proposito, tra i contributi più recenti, v. C. PANZERA, *Il diritto*, cit., 158, P. BONETTI, *Migrazioni*, cit., 13 ss.; M. SAVINO, *La chimera*, cit., 7 ss.

Andrea Matteoni

Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*

ABSTRACT: *The paper addresses the theme of procedural aspects of the “Cappato’s case” and it supports the thesis according to which the decisional technique used by the Italian Constitutional Court is essential to fully safeguard the principle of constitutional legality, similarly to what happens in the executive process in front of the administrative judge.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’[ordinanza n. 207 del 2018](#): l’insoddisfazione per lo schema della doppia pronuncia. – 3. Una nuova regola processuale? – 3.1. Le principali critiche formulate in dottrina e alcune possibili obiezioni. – 3.2. Il valore della legalità processuale e il c.d. bilanciamento “esterno”. – 3.2.1. Il delicato utilizzo del nuovo strumento processuale. – 3.3. Esigenze di regolamentazione e valore processuale dell’ordinanza. – 4. Un giudizio costituzionale di ottemperanza? – 4.1. Considerazioni descrittive e prescrittive dell’ottemperanza costituzionale. – 4.2. La discrezionalità legislativa come limite non insuperabile. Esigenze di chiarezza. – 4.2.1. La Corte costituzionale ci riprova? Brevi cenni sull’[ordinanza n. 132 del 2020](#). – 4.2.2. Il “non detto” delle [sentenze nn. 32 e 33 del 2021](#). – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Premessa.*

Com’è ormai noto nella vicenda di Fabiano Antoniani, mediaticamente conosciuta come “caso Cappato”, la Corte costituzionale ha elaborato uno strumento processuale nuovo, che si è realizzato per mezzo dell’[ordinanza n. 207 del 2018](#) e della [sentenza n. 242 del 2019](#), grazie a cui la Corte costituzionale ha risolto la questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo all’art. 580 c.p. sull’aiuto al suicidio

Al di là dei molti aspetti di eccezionale interesse circa il merito della questione¹, appare importante svolgere alcune considerazioni sulla tecnica decisoria adottata – anch’essa molto commentata peraltro – poiché potrebbe rappresentare la prima applicazione di uno strumento caratterizzante un nuovo paradigma della giustizia costituzionale italiana.

Del resto, la non unicità dell’impiego di questo strumento conforterebbe la possibilità di ravvisare in quest’operazione l’inizio di un percorso nuovo più che uno sviamento eccezionale dalle regole processuali.

Per tali ragioni, l’analisi dell’aspetto processuale – già in generale gravido di interrogativi – in questa sede si concentrerà precipuamente sulla legittimità dell’operazione processuale imbastita dalla Corte costituzionale, quindi, per estensione, sulla sua possibile ripetibilità e, conseguentemente, sul tema del delicato equilibrio fra potere giurisdizionale di garanzia

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ Fra i vari commenti sugli aspetti sostanziali offerti in dottrina, v. G. CAMPANELLI, *La Corte costituzionale riconosce la tutela della dignità nella scelta di morire e sospende la discrezionalità del legislatore*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020; S. CANESTRARI, *Una sentenza “inevitabilmente infelice”: la “riforma” dell’art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *disCrimen*, 8 settembre 2020; C. CUPELLI, *Il parlamento decide di non decidere e la corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema Penale*, 12/2019; 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 *Rivista AIC*, 1/2020; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sistema Penale*, 10 febbraio 2020; C. MASCIOTTA, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*, in questa *Rivista, Studi 2020/I*, 64; C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell’aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019; A. VALLINI, *Il fine vita come spazio libero dal diritto penale. Forum: Le dimensioni della normatività. A proposito delle recenti pronunce della Corte costituzionale sul suicidio medicalmente assistito*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1/2020; A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Diritto penale e processo*, 6/2019; P. VERONESI, *La Corte costituzionale “affina, frena e rilancia”: dubbi e conferme nella sentenza sul “caso Cappato”*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1/2020.

costituzionale e potere legislativo. In particolare, si proverà a ragionare sulla funzione di sistema di questa *tecnica processuale* e sulla sua matrice, frutto di un difficile bilanciamento fra valori portanti del nostro ordinamento costituzionale.

2. L'ordinanza n. 207 del 2018: l'insoddisfazione per lo schema della doppia pronuncia.

La Corte costituzionale decide di affrontare il cosiddetto “caso Cappato” con un “approccio” (per ora da intendersi genericamente) inedito.

Essa adotta, infatti, un'ordinanza con una natura “ibrida”², ossia avente, da un lato, la forma³ di un'ordinanza interlocutoria, con dispositivo di mero rinvio d'udienza, ma dotata, dall'altro, di un contenuto e di una struttura della parte motiva tipici di una decisione definitiva (presentando, peraltro, anche la bipartizione fra “*Ritenuto in fatto*” e “*Considerato in diritto*”⁴). Così, solo successivamente, definirà il giudizio con sentenza (la n. 242 del 2019), la cui motivazione farà ampio richiamo alle argomentazioni espresse nella precedente ordinanza.

La Corte, invero, pur rinviando l'udienza di trattazione della causa di circa 11 mesi, affronta approfonditamente, anche *nel merito*, la questione: dichiara la mancanza di legittimazione ad intervenire delle associazioni private, ammette le parti al processo, risponde alle eccezioni di inammissibilità formulate dalla difesa erariale, tratta le argomentazioni spese tanto dal giudice *a quo* nell'ordinanza di remissione, quanto dalla parte privata e, infine, esplicitando la propria (diversa) impostazione argomentativa, dichiara sussistente un *vulnus* ai principi costituzionali.

Addentrando nell'analisi della motivazione dell'ordinanza n. 207 del 2018 si può agevolmente notare come risulti logico, o, forse, istintivo, suddividere idealmente la stessa in due parti. La prima, composta dal “*Ritenuto in fatto*” e dai paragrafi da 1 a 9 del “*Considerato in diritto*”, è tipica di una decisione di accoglimento nel merito, mentre la seconda, costituita dai paragrafi 10 e 11 del “*Considerato in diritto*”, è deputata a spiegare la vera intenzione della Corte e, dunque, a giustificare il *modus procedendi* così originale della medesima.

In quest'ultima parte la Corte, infatti, riconosce la sussistenza di ambiti di discrezionalità legislativa e segnala la severa opportunità di una regolamentazione ad opera del Parlamento di talune questioni delicate (come la procedura, preferibilmente medica, di accertamento del consenso dell'aspirante suicida, l'obiezione di coscienza, etc.).

Fino al caso *de quo*, in verità, come riconosce la stessa ordinanza, in situazioni nelle quali la Corte, pur riscontrando una lesione ai principi costituzionali, riconosceva spazi di discrezionalità legislativa, decideva di non accogliere subito la questione e, dichiarata l'inammissibilità (o più raramente il rigetto nel merito), adottava una pronuncia-monito.

Anche con questa consolidata tecnica processuale, dunque, pur concludendo con una reiezione quasi sempre processuale, la Corte formulava affermazioni di merito nella parte motiva che evidenziavano, più o meno schiettamente, la violazione della legalità costituzionale e, al contempo, avvertiva in varia misura il legislatore dell'impellente necessità di un suo intervento e, finanche, dell'intollerabilità di un'eventuale inerzia⁵.

² A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte Cost. ord. n. 207 del 2018)*, in questa *Rivista, Studi 2019/I*, 108. Di ordinanza “bifronte” parla C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, fasc. 6, 4.

³ O meglio, solo il dispositivo, come si vedrà meglio nel prosieguo.

⁴ Tratto caratteristico degli atti decisorii (*lato sensu* intesi), ossia segnatamente delle sentenze, ma anche delle ordinanze di inammissibilità (non già di quelle che dichiarano estinto il processo o quelle che dichiarano la manifesta inammissibilità né di quelle di manifesta infondatezza).

⁵ Cfr. *ex multis* *sent. n. 23 del 2013*, Corte cost., par. 4 cons. in dir., nel quale si afferma che: «Nel dichiarare l'inammissibilità dell'odierna questione – dovuta al rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario – questa Corte deve tuttavia affermare come non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia».

Stavolta, però, l'assenza di una soluzione a "rime obbligate"⁶, pur continuando ad impedire (per il momento) un pronunciamento nel merito, non determina la conclusione del processo costituzionale.

Evidentemente la Corte, nel "caso Cappato", ha reputato inefficace, insoddisfacente e, dunque, costituzionalmente inopportuna suddetta tecnica decisoria.

Le ragioni di questo giudizio negativo paiono essere sia di carattere generale, ossia afferenti alla sfera della legalità costituzionale *tout court*, sia di carattere particolare, relative alle esigenze di tutela dei diritti di sicuro rango costituzionale dei soggetti coinvolti nella vicenda concreta e dell'imputato del giudizio *a quo*.

Sul piano generale, il legislatore troppe volte è rimasto inerte e sordo di fronte ai moniti della Corte⁷, espressi anche in modo perentorio, pertanto è apparso più opportuno, agli occhi dei giudici della Consulta, rinforzare il monito con una data certa entro cui l'incostituzionalità sarebbe stata dichiarata. Adoperare lo schema classico della doppia pronuncia, difatti, avrebbe portato con sé l'inconveniente di affidare al caso il tempo e la latitudine con cui la questione si sarebbe, eventualmente, ripresentata allo scrutinio di legittimità costituzionale⁸.

In termini di esigenze particolari, invece, la Corte ha ritenuto, riferendosi alle conseguenze dell'impiego delle tradizionali sentenze-monito, che «[u]n simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti»⁹.

Per tali ragioni, la Corte costituzionale, facendo ampia leva sui propri poteri di gestione del processo, elabora un'originale tecnica di giudizio, la quale avrebbe il pregio di soddisfare equamente tutte le esigenze di sistema in gioco: la discrezionalità legislativa, in definitiva, riceve una garanzia del tutto analoga a quella riconosciuta con le sentenze-monito (sul punto v. §4), la legalità costituzionale verrà sicuramente ripristinata in tempi brevi e certi e, infine, la vicenda concreta non ne uscirà pregiudicata¹⁰, giacché la Corte, sospendendo il processo costituzionale, trattiene presso di sé la questione con il conseguente e automatico effetto di prolungare la sospensione del giudizio *a quo*¹¹.

3. Una nuova regola processuale?

Questo *modus operandi*, costituito da un'ordinanza ibrida, *sui generis*, e da una successiva sentenza di accoglimento nell'ambito del medesimo giudizio, può essere qualificato come un

⁶ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhicupo, Bologna, 1978, 84.

⁷ L'esempio recente maggiormente citato è certamente quella della [sent. n. 222 del 2018](#) della Corte costituzionale con la quale il Giudice delle leggi, preso atto che il suo precedente monito (espresso con la [sent. n. 134 del 2012](#)) era rimasto completamente inascoltato, è intervenuto per ripristinare la legalità costituzionale. Nel caso di specie si è trattato di modificare la cornice edittale della pena accessoria dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi nell'ambito di qualunque impresa; dunque, una materia, quella penale incriminatrice, ove vige ampia discrezionalità del legislatore.

Sulla tematica generale della tutela dei diritti di fronte all'inerzia legislativa, fra i vari, cfr. R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2015, soprattutto 11 ss.

⁸ Non è da escludersi, infatti, l'ipotesi per cui taluni giudici comuni possano non condividere le argomentazioni della Corte contenute nella pronuncia-monito, quindi non sollevare questione di legittimità costituzionale, così avendo come risultato quello di una perdurante applicazione della disposizione accertata illegittima.

Per altro verso non è da escludersi nemmeno la problematica ipotesi per cui in tempi (troppo) poco successivi alla pronuncia-monito si abbia una nuova questione, senza che il legislatore abbia avuto concreta possibilità di intervenire.

⁹ Così la Corte nell'[ordinanza n. 207 del 2018](#), par. 11 cons. in dir.

¹⁰ Nei confronti della quale la Corte costituzionale, nel "caso Cappato", ha prestato moltissima attenzione e riguardo, anche in altri frangenti. Si pensi soltanto all'avvertita necessità di indicare una normativa *ad hoc* per le vicende pregresse.

¹¹ Salvi alcuni possibili rilievi, da valutarsi con attenta cautela, sull'eventuale frizione col principio di ragionevole durata del processo penale. Sul punto cfr. C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti"*, cit., 16.

inedito strumento processuale, il quale tende ad implementare l'armamentario tecnico-processuale nelle mani del Giudice di legittimità costituzionale.

La Consulta ha dato un chiarissimo segnale nel senso di voler inaugurare una nuova tipologia decisoria, la quale, dunque, assurgerebbe a nuova regola processuale¹².

Ora, nonostante tale "proclama", restano – com'è evidente – legittimi spazi per poter ragionare su questa qualificazione data dai giudici di legittimità costituzionale. In tal senso, allora, è opportuno dar conto di almeno tre critiche sollevate in sede di primo commento.

3.1. *Le principali critiche formulate in dottrina e alcune possibili obiezioni.*

Taluno dei commentatori, in via generale, ha revocato in dubbio la qualificazione in termini di nuova regola processuale dello strumento in esame¹³ recependo l'insegnamento di autorevolissima dottrina, la quale ha sempre proclamato l'importanza della distinzione fra uso e abuso del processo costituzionale¹⁴.

Pur essendo unanimemente condivisibile tale differenziazione, la critica merita un'ampia riflessione nel prosieguo¹⁵, rammentando, peraltro, come la Corte costituzionale dal canto suo abbia affermato – ancorché con una formulazione eccessivamente generica – che *questo* modo di operare è da considerarsi legittimo tutte le volte in cui emergano valori di primario rilievo¹⁶.

Si è poi sostenuto che questa condotta processuale collida con le prerogative del legislatore e, più in generale, della politica in quanto, quest'ultima, sarebbe caratterizzata da propri ritmi e propri tempi, oltre che, e qui vi è un dato fondamentale, da legittimi spazi di non decisione. Secondo questa tesi, specie in ambito etico-sensibili, contingentare i tempi¹⁷ si tradurrebbe in una ultronea e illegittima pressione nei confronti del legislatore, il quale è il solo legittimo titolare del potere politico di decidere, coi suoi tempi – dunque pure ampi –, e anche di non decidere¹⁸.

Infine, una terza critica di ampia portata è stata mossa, da altra dottrina, con riguardo alla tenuta logica dell'operazione svolta dalla Consulta. Si sostiene, cioè, che la Corte costituzionale, con questa condotta processuale, entri in contraddizione con se stessa nel momento in cui nell'ottobre 2018 sospende il giudizio e "rimette" al legislatore la questione – in ragione dei molteplici e ampi spazi di discrezionalità –, mentre poi, nel settembre del 2019, constatata la perdurante inerzia del Parlamento, interviene proprio laddove vi è discrezionalità legislativa, ossia in ambiti rispetto ai quali la Corte si era reputata "incompetente" a decidere¹⁹.

¹² Ciò lo si deduce limpidamente dalla stessa [ordinanza n. 207 del 2018](#), par. 10 e 11, cons. in dir., oltre che dalla "[Relazione annuale dei lavori della Corte costituzionale nel 2018](#)" dell'allora Presidente G. Lattanzi, nella quale viene pure dato un *nomen* a tale nuova tipologia decisoria.

¹³ 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*, 2019, fasc. 3, 532 ss..

¹⁴ Il riferimento va a A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996, 133. Così opinando, questa tesi, sostiene che non debba essere fraintesa quella che è una fuoriuscita abusiva dalla legalità processuale, magari anche comprensibile, *una tantum*, nel singolo caso di specie, con un nuovo ordine processuale. In altri termini, secondo questa dottrina, non qualsiasi deviazione dall'alveo della legalità processuale deve (o è opportuno far) assurgere a nuova regola processuale.

¹⁵ Sul punto, v. anche e soprattutto il §3.2.

¹⁶ V. Corte cost., [ordinanza n. 207 del 2018](#) (par. 11, cons. in dir.). Senonché, va osservato che questa circostanza, a ben riflettere, ricorre sempre, o quasi sempre, di fronte alla Corte quale organo di giustizia costituzionale. Tanto è vero che risulta, poi, non immediatamente comprensibile la ragione per cui la Consulta decida di non impiegare il medesimo strumento decisorio con riferimento a questioni in cui sicuramente emergono ulteriori diritti di primario, quali, ad esempio, quelli del minore (questioni affrontate, da ultimo, con [sentenze nn. 32 e 33 del 2021](#), su cui, più diffusamente, §4.2. e ss.).

¹⁷ Soli 11 mesi contro i vari anni che intercorrono, solitamente, fra una pronuncia-monito e la sentenza di accoglimento in caso di inerzia legislativa.

¹⁸ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., 542-543.

¹⁹ Vede una contraddizione in questa operazione 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*

In altre parole, e in sintesi, si afferma che delle due l'una: o compete solo al legislatore intervenire in quella materia, e allora mai la Corte può surrogarlo in ciò, oppure il Giudice delle leggi può estendere il proprio sindacato sulla questione *de quo* e quindi perde di senso e giustificazione la messa in mora del Parlamento.

Queste ultime critiche meritano sicuramente alcune riflessioni.

A parere di chi scrive, questa tecnica decisoria appare il frutto di un bilanciamento fra valori costituzionali di supremo rilievo. Da un lato, vi è la discrezionalità legislativa, il cui rispetto è corollario del principio supremo di separazione (*rectius*, distribuzione) dei poteri. Dall'altro, v'è l'esigenza di conservazione (o ripristino) della legalità costituzionale, espressione principe dello Stato costituzionale di diritto²⁰.

Conseguentemente, una volta riscontrati spazi di discrezionalità legislativa, è imposto alla Corte di dare quantomeno una *chance*, una possibilità, d'intervento al Parlamento, affinché l'autentico titolare di quel potere possa esprimersi. Quando, però, si è di fronte a «valori di primario rilievo»²¹, l'inerzia del legislatore non può impedire il ripristino della legalità costituzionale²².

Questa ultima conclusione non pare possa trovare obiezione assoluta sostenendo che la politica può legittimamente, specie in ambiti eticamente sensibili, decidere di non decidere²³.

La violazione dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona non dovrebbe dare spazio a legittime "non-scelte". La Corte, riscontrando il *vulnus* ai principi costituzionali, dice chiaramente al legislatore che esso *deve* decidere; quest'ultimo ha, cioè, un dovere costituzionale di assumere una decisione.

Allora, e il dato è di cruciale rilievo, la discrezionalità legislativa, in casi siffatti, atiene al *contenuto* della decisione, non più all'*an*. Non c'è più spazio di discrezionalità *sul* decidere: si deve comunque decidere, senza se e senza ma, pur potendo scegliere fra un più o meno ampio ventaglio di ipotesi²⁴.

Partendo, da questa ultima conclusione, pare forse possibile ragionare anche sull'altra critica sollevata in dottrina, ossia quella inerente l'asserita contraddittorietà dell'operazione processuale della Corte.

Il frutto di quel bilanciamento dovrebbe far concludere che, in situazioni siffatte, *tertium datur*: la Corte costituzionale non può decidere nel 2018, ma può farlo, anzi deve farlo, nel 2019.

Non pare esserci alcuna contraddizione in ciò, in quanto il contemperamento fra i principi costituzionali non dovrebbe mai annientare l'uno a scapito dell'altro. Conseguentemente, in casi del

cost. n. 242 del 2019), in [Giustizia Insieme](#), 27 novembre 2019, 2, per il quale, appunto, o è vero che la Corte non poteva decidere nell'ottobre 2018, in ragione del rispetto della discrezionalità legislativa, e quindi non poteva decidere nel merito nemmeno nel settembre 2019, oppure la Corte è legittimata ad intervenire nell'ambito *sub iudice* e quindi avrebbe potuto decidere la questione già nel 2018.

²⁰ Il quale tende a trarsi dal principio di rigidità della Carta costituzionale, considerato in modo sostanzialmente unanime un principio supremo intangibile e irrinunciabile.

Come emerge, allora, si tratta di un bilanciamento molto delicato fra principi supremi, quali sono la distribuzione dei poteri e lo Stato costituzionale di diritto, ossia principi che innervano di sé tutto l'ordinamento costituzionale e il cui eventuale sovvertimento (nel loro contenuto essenziale) è da reputarsi chiaramente come inammissibile, anche da parte di una legge di revisione costituzionale, in quanto appartenenti «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (così [Corte cost. sent. n. 1146 del 1988](#)).

²¹ Così si esprime la Corte, salvo poi doversi interrogare sui confini più precisi di questa formulazione.

²² Stante l'esigenza di garantire la preminenza della Costituzione, v. F. MODUGNO, *Corollari del principio di "legittimità costituzionale" e sentenze "sostitutive" della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1969, 91 ss

²³ Come, invece, è stato sostenuto da E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., 542-543.

²⁴ Mutuando una terminologia – forse in parte ondivaga – che ha avuto fortuna nell'ambito del giudizio costituzionale di ammissibilità referendaria, potrebbe parlarsi anche a tal riguardo di "legge costituzionalmente obbligatoria o necessaria", non già a contenuto necessario o vincolato, rispetto alla quale non vi è sostanzialmente spazio di discrezionalità politico-normativa. Sui contorni problematici di queste categorie cfr. S. PENASA *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 19 aprile 2005; I. MASSA PINTO, *Il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente orientato nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo e il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali*, in *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, a cura di F. Modugno e G. Zagrebelsky, Torino, 2001, soprattutto 216 e ss.

genere, appare costituzionalmente dovuta l'astensione in prima battuta della Corte a favore del legislatore, così come, in caso d'inerzia di quest'ultimo, risulta costituzionalmente dovuto l'intervento della Consulta.

Solo così operando entrambi i principi costituzionali – discrezionalità legislativa, da una parte, e legalità costituzionale, dall'altra – vengono rispettati nel loro nucleo essenziale. Un intervento immediato della Corte tenderebbe a squilibrare il bilanciamento fra i valori in gioco²⁵, entrando in frizione col principio di leale collaborazione fra i poteri dello Stato: anche a fronte di un abuso della discrezionalità legislativa (di carattere omissivo) la riserva di competenza legislativa continua a mantenere una sua rilevanza sulla bilancia del temperamento fra principi. Inoltre, poi, va rammentato sempre che il Parlamento ha strumenti tecnicamente migliori per intervenire, rispetto a quelli della Corte²⁶.

In altri termini, sembra ammissibile una limitazione (di carattere temporale) di un principio supremo, quale quello di legalità costituzionale, al fine di salvaguardare la discrezionalità legislativa, cardine del principio supremo di separazione dei poteri; analogamente dovrebbe poter essere accettabile un restringimento delle garanzie della discrezionalità legislativa, cardine di un altro principio fondamentale che è quello della separazione dei poteri, nel momento in cui l'immobilismo del Parlamento comporta una violazione dei valori primari riconosciuti e salvaguardati dalla Costituzione.

Entrambi i principi in gioco non vengono annullati o pregiudicati irrimediabilmente nel loro nucleo essenziale: la legalità costituzionale deve patire l'attesa dell'intervento parlamentare²⁷, non

²⁵ E ciò sarebbe corroborato anche da quanto avviene nel processo amministrativo: l'art. 34, comma 2, codice del processo amministrativo (c.p.a.) non consente al giudice di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati, ma gli artt. 134 e 112 ss. c.p.a. lo consentono certamente in caso di inerzia dell'Amministrazione. Sull'argomento cfr. §§ 4. e ss.

Più possibilista, ad ogni modo, anche per un intervento immediato parte della dottrina, fra cui v. C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, spec. 587-588, la quale, tuttavia, sostiene che consentire al legislatore di pronunciarsi per primo è in linea con un modello di azione «“collaborativo, non combattivo”», citando a sua volta C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (riflessioni a margine del «Caso Englaro»)*, in *Giur. Cost.*, 5/2008, 4080.

²⁶ Al di là dello strumento formale (legge da una parte, sentenza dall'altra), il legislatore può intervenire in modo più ampio rispetto a quanto non possa fare la Corte, vincolata dall'ordinanza di rimessione quanto al *thema decidendum*. Ad esempio, se il legislatore avesse adempiuto all'[ordinanza n. 207 del 2018](#) avrebbe ben potuto prevedere una normativa scriminante tanto in riferimento all'art. 580 c.p., quanto in riferimento all'art. 579 c.p. Sulla chiara preferenza dell'intervento legislativo, in luogo di quello giurisdizionale, v., per tutti, l'intervento di L. CHIEFFI, in L. CHIEFFI, F. D'AGOSTINO, M. LUCIANI, F. MANTOVANI, S. RODOTÀ, R. ROMBOLI, *Il Forum: Bioetica e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 315; L. D'AVACK, *Ordine giuridico e ordine tecnologico*, Torino 1998, 88.; C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del "caso Englaro")*, in *Riv. dir. cost.*, 2008, 371-403, soprattutto 397 e ss., ove l'A., nel mettere ricostruire il dibattito fra coloro i quali sostengono il governo del legislatore e coloro i quali riconoscono la bontà del governo dei giudici, afferma che «la legge del parlamento, cioè, viene ritenuta lo strumento più idoneo per portare a soluzione, se non a pacificazione, quei conflitti che nelle società pluraliste inevitabilmente sorgono intorno al modo di regolare le questioni moralmente più controverse, a partire da quelle figlie dell'età della tecnica, che si caratterizzano per la rivendicazione di “nuovi diritti” in campi, come la bioetica, nei quali più spinta è la pressione dell'evoluzione tecnologica. La legge, infatti, è ritenuta l'unico strumento offerto dal diritto in grado di compiere, in modo generale e astratto, quelle scelte tragiche che la contemporaneità impone, grazie all'ampio dibattito pubblico che nelle aule del parlamento dà voce a tutti i rappresentanti dei cittadini — quelli che concorrono alla maggioranza di governo come quelli che sono rimasti minoranza —, facendo proceduralmente prevalere la scelta che intorno a sé raccolga la maggioranza dei consensi. La pubblicità del processo di formazione della scelta fa sì che chi l'ha compiuta sia politicamente responsabile di fronte ai suoi elettori».

²⁷ In questo senso è emblematico il velato invito della Corte costituzionale ([ord. n. 207 del 2018](#), par. 11 cons. in dir.) ai giudici comuni a porsi con attenzione il problema della compatibilità costituzionale della norma *sub iudice*, così da sollevare eventualmente questione di legittimità e non dare applicazione ad una norma che è già stata accertata in violazione dei precetti costituzionali. Poiché i giudici comuni sono ben consapevoli del loro ruolo di "portieri del giudizio di costituzionalità" e che, quindi, suddetto promemoria della Corte è del tutto superfluo, questo dato non può che essere letto come un ulteriore tentativo della Consulta di ridurre al minimo l'impatto del bilanciamento in esame sul principio dello Stato costituzionale di diritto.

altro, non l'arbitrio del legislatore, mentre il potere legislativo deve sopportare una precaria e transitoria invasione nel caso in cui non agisca tempestivamente. Precaria e transitoria poiché, una volta eventualmente intervenuta la Corte, il Parlamento potrà, se vorrà, "riappropriarsi" in qualunque momento del suo ruolo, legiferando.

Questo equilibrio, che vede contrapposto il principio di separazione dei poteri e il controllo giurisdizionale di legalità (*lato sensu* intesa), peraltro, pare ritrovarsi pure alla base di un istituto processuale inerente ad un altro ambito del diritto, ovvero alle fondamenta del giudizio di ottemperanza radicabile nel processo amministrativo.

Come si vedrà successivamente, l'innesto nell'ambito della discussione di questo argomento sistematico-analogico potrebbe essere utilizzato, *ad adiuvandum*, per sostenere la legittimità e l'opportunità dell'utilizzo della tecnica decisoria in esame, oltre che per farne derivare eventuali ricadute in termini di disciplina.

Infine, si può aggiungere che se quelle censure, così come sopra ricordate, imperniate sulla contraddittorietà della tecnica processuale, fossero fondate, allora quelle stesse andrebbero parimenti mosse al sistema delle pronunce-monito, poiché la Corte in entrambi i casi finisce per adottare decisioni in ambiti che precedentemente ha dichiarato rientrare sotto la sfera della discrezionalità legislativa²⁸. A ben vedere, infatti, la questione oggettivo-astratta è la medesima – ed è già che conta per il processo costituzionale –, benché poi da un punto di vista oggettivo-concreto e formale risultino processi distinti²⁹.

Per tali ragioni non sembrerebbe difettare di coerenza l'idea per cui, una volta accertato un *vulnus* ai principi costituzionali, il legislatore mantenga l'esclusiva competenza ad intervenire su quella materia, ma solo fino alla scadenza del termine dato dalla Corte. Trascorso inutilmente tale termine il Parlamento deve perdere la pretesa di esclusività nella titolarità del potere di decidere e, quindi, la Corte, in via sussidiaria e surrogatoria, in un'ottica di *extrema ratio* per il ripristino della legalità violata, può, o meglio deve, intervenire, assumendo pure scelte discrezionali³⁰.

Questa prospettiva residuale di tale potere d'intervento la si può apprezzare anche nelle parole del Giudice delle leggi, il quale parla di «ruolo naturale di questa Corte»³¹ in riferimento alla funzione di censura di scelte già compiute. E allora se quello è il compito *naturale*, l'utilizzo della tecnica decisoria in esame può essere considerato l'esercizio di un potere *eccezionale*, residuale, pienamente legittimo solo quando si è esperito (inutilmente) ogni tentativo di risoluzione alternativa.

È (solo) in questo senso e in questo momento che dovrebbe emergere la "politicità" della Corte, la quale può essere, come meglio analizzato nel prosieguo, ricondotta senza contraddizione al

²⁸ Non si può certo affermare che nel sistema della doppia pronuncia, la Corte costituzionale, con la sentenza con la quale dà seguito al monito precedentemente formulato al legislatore, abbia cambiato orientamento, abbia cioè riquilibrato l'ambito di intervento come non coperto da discrezionalità legislativa. La Corte col sistema della doppia pronuncia non cambia idea, ma, come con la tecnica adottata nel "caso Cappato", riconosce prima al legislatore la possibilità di intervenire e successivamente, constatata l'inerzia di quest'ultimo, interviene.

²⁹ In questo senso si può affermare, infatti, che il giudizio di legittimità delle leggi, nonostante conosca e si arricchisca di un importante momento di concretezza nella fase iniziale della via incidentale, resta un giudizio oggettivo e astratto. Una volta giunti di fronte alla Corte il giudizio di costituzionalità è solo un giudizio astratto – come tendenzialmente dovrebbe essere il suo oggetto: la legge – e quindi anche nel caso delle doppie pronunce la questione (astratta) è la medesima, benché poi da un punto di vista soggettivo e concreto risultino processi distinti. Per questi motivi non pare insuperabile l'argomento secondo cui nel sistema tradizionale della doppia pronuncia – e non anche nel caso della tecnica decisoria in scrutinio – la coerenza argomentativa della Corte sarebbe salva in quanto si tratta di affermazioni inerenti due processi costituzionali distinti. Ecco che paiono superabili le differenze, in termini di rigorosità argomentativa, fra le logiche che sottendono a quella ormai tradizionale tipologia decisoria e quella qui in esame.

³⁰ A ben poco valendo, proprio in ragione del rango supremo dei principi in parola, le possibili argomentazioni contrarie deducibili dall'art. 28 della l. 11 marzo 1953, n. 87 che vieterebbe alla Corte di svolgere valutazioni politiche e di sindacare l'uso del potere discrezionale del legislatore.

³¹ Così testualmente la Corte costituzionale nell'[ord. n. 207 del 2018](#), par. 10 cons. in dir., ma con terminologia sostanzialmente identica anche nell'[ord. n. 132 del 2020](#), par. 8 cons. in dir.

terreno della giurisdizione, allorché la Consulta agisca nel rispetto dei principi e dei vincoli che governano il suo ruolo. “Politicità”, quindi, nel solo senso di assunzione di scelte discrezionali³².

Ecco dunque che, essendo il bilanciamento già indicato necessario per non annientare i due già menzionati valori cardine dell’ordinamento, si può salutare con favore, o comunque con particolare interesse, l’operazione della Corte di forgiatura di questa nuova tecnica di giudizio, con conseguente elevazione della condotta processuale, adoperata nel “caso Cappato”, a vera e propria regola processuale.

Infine, merita precisarlo per amor di completezza, la Corte afferma di ispirarsi nell’elaborazione di questa tecnica processuale al principio di leale collaborazione con il Parlamento.

In tal senso è emblematico il passaggio della [sentenza n. 242 del 2019](#) in cui i giudici di legittimità costituzionale, prima di esplicitare il contenuto della loro decisione, mostrano di aver avuto attenzione ai lavori parlamentari, lasciando per certi versi intendere che se il legislatore si fosse seriamente attivato, benché in modo non pienamente tempestivo, la Corte costituzionale, affatto bramosa di decidere in sua vece, avrebbe rinviato ulteriormente nell’attesa dell’intervento legislativo³³.

A ben vedere, però, la leale collaborazione col Parlamento era già adeguatamente perseguita dalla Corte con le sentenze-monito; allora, con un minimo di vena polemica, si può affermare che questo inedito strumento è, più che altro, volto a coartare la collaborazione di un Parlamento letargico, il quale, stavolta, è posto di fronte alle conseguenze che deriveranno, a data certa, dalla sua inerzia³⁴.

3.2. Il valore della legalità processuale e il c.d. bilanciamento “esterno”.

Ciò che non rende la Corte esercente un controllo *politico* di costituzionalità è rappresentato dai suoi connotati tipici di un organo giurisdizionale, ossia da tutti quei tratti riconducibili sotto il concetto del valore della legalità processuale.

Pur non essendo questa la sede per approfondire il macro-tema della dicotomia tra “anima politica” e “anima giurisdizionale” della Corte costituzionale italiana, appare comunque necessario esprimere alcune brevi considerazioni anche su questo profilo, strettamente connesso a quanto finora esposto³⁵.

Tralasciando gli estremi rappresentati dal ruolo di legislatore negativo di kelseniana memoria³⁶ e da quello di giudice severamente serrato dentro il formalismo dei limiti procedurali, resta irrisolta, e con una pleora di sfumate posizioni, la *vexata quaestio* della natura della Corte e, dunque, sulla sua collocazione nel “terreno di mezzo”.

Nonostante sia possibile riconoscere la presenza di entrambe le “anime”, ciò che imprime una fondamentale vena giurisdizionale alla Corte è rappresentato dal diritto processuale costituzionale, dalla presenza di una legalità processuale.

Come è stato espressamente evidenziato in dottrina «una disciplina del processo costituzionale, la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte costituzionale, costituisce il più

³² Le quali – è utile ricordarlo – non si impongono mai effettivamente al legislatore. Non si dimentichi, infatti, perché la precisazione non è di poco momento, che il legislatore è libero di legiferare anche successivamente all’intervento della Corte, scostandosi anche dalle determinazioni da questa assunte. Pertanto l’invasione da parte di quest’ultima della discrezionalità legislativa non può essere vista come una lesione di quel nucleo duro del principio di distribuzione dei poteri che mai può essere pregiudicato, nemmeno nell’ambito di un bilanciamento fra valori costituzionali di primordine.

³³ Cfr. [sent. n. 242 del 2019](#), par. 3 cons. in dir.

³⁴ Parla di un’operazione volta a “stanare” il legislatore recalcitrante, E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018*, cit., 537.

³⁵ Tema annoso e oggetto di ampio commento. Fra i molti v. C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016; *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, a cura di R. Romboli, Torino, 2017.

³⁶ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 174.

solido connotato del carattere giurisdizionale delle sue funzioni»³⁷, però, ciò non toglie (e non sembra contrastare, in assoluto, con) la necessaria flessibilità di suddette regole processuali. Cionondimeno va tenuto un atteggiamento cauto, giacché un giudice che dispone liberamente (*rectius*, arbitrariamente) delle regole del suo processo non sarebbe più giudice, ma potrebbe essere considerato legislatore. Allora vi sarebbe un fondamentale novero di regole imprescindibili, e dunque indisponibili anche da parte della Corte, pena tradire la sua fondamentale anima giurisdizionale. Si tratterebbe, dunque, di quelle regole che esprimono i principi secondo cui «[a]) non spetta alla Corte stabilire *se* decidere o meno, come [invece] può fare un organo politico; [b]) non spetta alla Corte decidere *su che cosa decidere*, perché il materiale delle sue decisioni proviene dall'esterno; [c]) non spetta alla Corte, se non entro limiti determinati, stabilire *quando* occuparsi di un determinato tema»³⁸.

Fermi questi arresti imprescindibili per poter parlare di controllo *giurisdizionale* di legittimità costituzionale, la dottrina non ha mancato di evidenziare, in ragione del ruolo e della posizione della Corte all'interno del sistema costituzionale, come siano da qualificarsi in termini di elasticità le regole del processo di costituzionalità delle leggi³⁹.

Fondamentale ed inevitabile sarebbe, infatti, l'opera ermeneutica della Corte stessa e, soprattutto, per il rilievo anche nel tema in esame, l'attività di ponderazione tra i principi⁴⁰.

A questo punto è necessario interrogarsi sulla natura, sul tipo, di bilanciamento dal quale è nato (o che in esso trova giustificazione) il nuovo strumento processuale, ovvero le decisioni di incostituzionalità prospettata.

Emerge in tal senso la cruciale distinzione fra i cosiddetti bilanciamenti "esterni" e i bilanciamenti "interni"⁴¹. Solo i primi, infatti, garantirebbero la qualificazione in termini di diritto processuale delle regole che governano i giudizi innanzi alla Corte costituzionale. Questi sarebbero da tenere separati dai secondi in quanto i cosiddetti bilanciamenti "interni" non distinguono i piani del diritto sostanziale e del diritto processuale (coi relativi valori e principi), giungendo a un contemperamento, per così dire, promiscuo.

In altre parole, si ha un bilanciamento "interno" quando il principio di legalità processuale è messo, assieme ai principi e valori che emergono dalla situazione sostanziale, sulla bilancia dell'opera di ponderazione che la Corte svolge nei suoi giudizi di costituzionalità, ossia nell'operazione di conciliazione dei valori sostanziali emersi dalla vicenda concreta.

Al contrario, se vogliamo preservare dignità e autonomia concettuale al diritto processuale costituzionale, bisognerebbe ammettere solo i cosiddetti bilanciamenti "esterni". Le regole processuali, in un procedimento di carattere giurisdizionale, sono un qualcosa che viene prima, che precede il piano sostanziale, che è presupposto di validità del procedimento medesimo e della decisione finale che ne scaturisce⁴².

Sulla scorta di questo insegnamento pare possibile qualificare il bilanciamento precedentemente analizzato, e dal quale ha avuto origine la tecnica decisoria adottata per la prima volta nel "caso Cappato", in sicuri termini di bilanciamento "esterno", per una serie di rilevanti argomentazioni.

³⁷ A. PIZZORUSSO, *Usa e abuso del diritto processuale costituzionale*, cit., 133.

³⁸ V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, 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, 305.

³⁹ S. PANUNZIO, *Qualche riflessione sulla elasticità delle regole procedurali nel processo costituzionale*, in AA. VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, cit., spec. 259-262; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, con specifico riferimento 16; con particolare riferimento alla normazione integrativa, cfr. anche V. ONIDA, *Intervento in "Considerazioni introduttive e sul valore delle norme integrative"* in *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, Torino, 2002, 287 ss. e relativi riferimenti.

⁴⁰ R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorosso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Il pendolo della Corte*, cit., 12.

⁴¹ Sulla tematica v. R. ROMBOLI, *ult. op. cit.*

⁴² R. ROMBOLI, *ult. op. cit.*, 12.

Come anticipato, emerge chiaramente come l'insoddisfazione per lo strumento delle tradizionali pronunce-monito derivasse in primissimo luogo da esigenze di carattere generale e, solo secondariamente, da esigenze di carattere particolare del caso concreto. Questa gerarchizzazione non risulta affatto arbitraria se si considera che la Corte ha, recentemente, proceduto a riutilizzare la tecnica decisoria in esame in un ambito nel quale si registra una minor o nulla carica etica e una tensione coi principi costituzionali di indubbio minor rilievo⁴³.

Inoltre, e il dato è cruciale, come già ampiamente esplicitato, le esigenze di carattere generale erano tutte rivolte a principi e valori *lato sensu* processuali. I beni in gioco, nell'operazione di ponderazione in parola, non emergevano affatto dalla situazione concreta, la quale, al più, ha giocato un ruolo sull'attivazione dei giudici della Consulta, spingendoli ad un'operazione inedita, innovativa e, per certi versi, "forte". Non sembra essere, invece, entrata in gioco a livello giuridico: i valori presi in considerazione erano, infatti, la discrezionalità legislativa e la legalità costituzionale.

Il primo risulta un principio di natura processuale nell'ottica dell'operato della Corte e ciò appare evidente rammentando il tenore dell'art. 28 della L. 11 marzo 1953, n. 87⁴⁴; il secondo – il quale *prima facie* potrebbe non parere di natura strettamente processuale, giacché guarda alla legalità sostanziale – nondimeno risulta annoverarsi fra i principi processuali, sempre nell'ottica dell'attività della Corte, proprio perché questo valore rappresenta la finalità del ruolo cui è deputato il Giudice delle leggi.

Invero, ogni giudice dovrebbe sempre tener presente la sua capacità di tutela, non solo di situazioni specifiche (allorquando si tratti di istituti processuali), ma di circostanze di carattere generale; ciò sarebbe imposto, per i giudici comuni, dal canone di effettività della tutela *ex art. 24 Cost.*

Quindi, giova evidenziare che la capacità della Corte di tutelare (ossia ripristinare) la legalità costituzionale, niente ha a che vedere con l'esigenza particolare di rispettare la volontà suicidaria di coloro che si trovano in determinate condizioni. Non si è derogato, infatti, al principio processuale che impone il rispetto della discrezionalità legislativa in nome della tutela dei diritti fondamentali della persona emersi nella vicenda Antoniani-Cappato.

La Corte costituzionale, merita ribadirlo, in quella sede si è preoccupata, in primo luogo, della idoneità dei suoi pronunciamenti di raggiungere lo scopo che la Costituzione le assegna: la tutela della legalità costituzionale e, segnatamente, dei diritti fondamentali della persona⁴⁵.

Con altre parole può dirsi che la discrezionalità legislativa non è stata sacrificata sull'altare di un preminente diritto della persona, ma la sua eccessiva valorizzazione e assolutizzazione finiva per rendere inefficaci gli strumenti di tutela della Corte come garante giurisdizionale della Costituzione.

Pertanto, le considerazioni espresse in questo passaggio possono corroborare quell'idea per cui non di *abuso* del processo costituzionale si tratterebbe, ma, al contrario, di legittimo uso.

Non si è di fronte, difatti, ad una disapplicazione delle regole del processo, o ad un piegamento delle stesse, in nome di primarie esigenze di tutela di valori sostanziali, come il diritto alla vita, il

⁴³ Si tratta, infatti, della proporzionalità-ragionevolezza, oltre che del rispetto di una certa giurisprudenza convenzionale, della previsione della pena detentiva come regime sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa; ma la Corte, benché indichi anche altre soluzioni, non esclude affatto la legittimità costituzionale della scelta di incriminazione della condotta, la quale, però, meriterebbe almeno una risposta meno afflittiva, mediante la comminazione della pena pecuniaria. Sul punto si veda il §5. a proposito dell'[ord. n. 132 del 2020](#).

⁴⁴ Tant'è vero che, a rigore, la Corte avrebbe potuto anche sollevare innanzi a se stessa una questione incidentale proprio sulla disposizione in parola, così da manipolarne il testo ed introdurre questa sorta di eccezione residuale.

⁴⁵ In ciò questa operazione non è diversa, *mutatis mutandis*, da quella con cui vari giudici hanno sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento all'assenza o all'inefficacia della tutela cautelare (*ex multis* [Corte cost. sent. n. 190 del 1985](#)). Sulla valenza di un principio inespresso in base al quale «la Corte deve poter valutare le esigenze di efficienza del suo processo e soprattutto l'"impatto ambientale" delle sue decisioni e, in rapporto a quella sua (purché ragionevole) valutazione, deve poter piegare e sacrificare in qualche caso la "logica" di quegli altri principi», si è già espressa risalente dottrina (cfr. G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in AA. VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, cit., 221 ss.).

diritto alla salute, la libertà di autodeterminazione, la libertà personale, etc.⁴⁶. All'opposto, si è davanti ad un utilizzo, certamente marcato, dei poteri di gestione del processo, in quell'ottica di necessaria flessibilità delle regole, che è stata determinata dalla presa di coscienza della inidoneità delle pronunce monitorie (e quindi dell'incapacità della Consulta stessa) di assolvere al compito affidato alla Corte dalla Costituzione, ovvero garantire il rispetto della Carta fondamentale, a causa della "sleale" mancanza di collaborazione da parte del Parlamento.

3.2.1. *Il delicato utilizzo del nuovo strumento processuale.*

Il vero problema di questa nuova tecnica decisoria, però, sembra essere un altro. Ammesso che lo strumento sia stato concepito in un terreno giurisdizionale – dunque senza negare la valenza strettamente giuridica delle regole del processo⁴⁷ – rimane la circostanza in base alla quale grazie allo stesso la Corte finisce per assumere, se del caso, una decisione finale che non è dettata direttamente dalla Costituzione, ma che, quindi, è di natura discrezionale, ovvero sia *lato sensu* politica.

Questo, che ben può apparire come un'indebita invasione di campo, potrebbe far concludere nel senso di un nuovo ruolo politico in capo alla Corte. Ebbene, come già messo in evidenza, non appare pienamente condivisibile questa opinione.

È evidente che il dato di partenza sia la presa d'atto che la Corte costituzionale si trova a condurre un processo il cui oggetto è l'atto politico per eccellenza e il cui parametro di legittimità è rappresentato da un altro (seppur diverso e *sui generis*) atto politico, o comunque intriso di politica⁴⁸.

Tanto premesso, ne deriva che non potrà che risultare complessa l'opera di separazione fra politica e giurisdizione; ed è in tale complessità che risiede la ragione dell'importanza di prendere sul serio le regole processuali che governano i giudizi innanzi alla Corte (dai presupposti processuali, all'obbligo di motivazione, al principio del chiesto e pronunciato, etc.). Allora varie sono le ricostruzioni offerte in dottrina volte a meglio chiarire i punti di contatto e i confini fra politica e giurisdizione, tra le quali può essere ricordata l'indicazione della Corte come soggetto "in(m)-politico"⁴⁹.

Con tale espressione si intende evidenziare come sia al contempo politico, in quanto svolge operazioni rivolte a produrre convivenza sociale, e "impolitico" in quanto estraneo alla competizione faziosa delle parti⁵⁰.

È ben vero, poi, che la Corte dovrebbe operare sul piano del *pactum societatis* solo quando non vi è uno spazio di legittima scelta in capo al legislatore, ma, come già sostenuto, di fondamentale rilievo deve essere quella distinzione fra discrezionalità sull'*an* della decisione e discrezionalità nell'ambito del ventaglio di opzioni perseguibili a livello di contenuto della decisione.

Allora il diverso livello di vincolo che la Corte si trova davanti deriva da quel bilanciamento, più volte richiamato. Così fintanto che permane spazio per "decidere di non decidere", la Corte non può

⁴⁶ Deve cogliersi la differenza con quelle decisioni, come quella assunta dalla Corte con la [sent. n. 10 del 2015](#) sulla c.d. *Robin tax*, che, mescolando i piani del diritto processuale e del diritto sostanziale, derogano alle regole del processo degradando il diritto processuale a una sorta di *soft law*, di linee guida. In quella sede il principio processuale di annullamento *ex tunc* della norma dichiarata costituzionalmente illegittima venne derogato in nome degli interessi di stabilità finanziaria dello Stato, ossia un valore direttamente (e prepotentemente) emergente nella vicenda concreta e che evidentemente non ha alcun valore processuale per la Corte. Sul punto v. R. ROMBOLI, *L' "obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in [Forum Quaderni Costituzionali](#), 4/2015, 13.

⁴⁷ V. *contra* A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e rapporti istituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in [Freedom, Security & Justice. European Legal Studies](#), fasc. 2/2019, 54.

⁴⁸ Giacché «la Costituzione ha e non potrebbe non avere per contenuto la materia politica», così testualmente F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione* (1952), in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1965, 158.

⁴⁹ G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005, 35.

⁵⁰ R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, cit., 8.

assumere scelte discrezionali di contenuto e questo è un limite invalicabile; mentre, quando quello spazio non esiste più, la Corte può e deve intervenire, nei limiti del suo ruolo, quindi sempre in ottica residuale di *extrema ratio* e, comunque, in modo non definitivo e non impeditivo dell'eventuale e futuro intervento del Parlamento, il quale ben potrà poi assumere scelte differenti.

Questo distinguo e questo contemperamento fra principi si ritrovano, *mutatis mutandis*, alla base di un istituto, che merita un'analisi a sé stante, di sicura natura giurisdizionale come quello del giudizio amministrativo di ottemperanza⁵¹. Per tale ragione può sostenersi che quell'idea di espansione dell'anima politica della Corte potrebbe essere fortemente ridimensionata.

Giova porre in evidenza, infine, come tutti gli argomenti suesposti in apologia dell'anima giurisdizionale della Corte, non sono (né cercano di essere) idonei a negare la politicità (come sinonimo di discrezionalità politica) della decisione, a livello di contenuto della stessa, assunta con le pronunce del 2018-2019 in merito alla vicenda Antoniani-Cappato.

In tal senso non si può far altro che riconoscere ed ammettere l'esistenza di un accentuato tratto di politicità nella decisione di decriminalizzare solo quelle condotte che seguissero una certa procedura (soltanto basata sulla legge n. 219 del 2017). Ma, come già affermato e come si vedrà trattando dei profili di analogia col giudizio di ottemperanza, ciò non è sufficiente a tirare oltre modo la Corte nel terreno della politicità, dovendo permanere, invece, la prevalenza dell'anima giurisdizionale.

Problemi ulteriori, tuttavia, emergono da quella parte più creativa del deciso della [sentenza n. 242 del 2019](#), dove la Corte mostra di spingersi molto al di là del minimo di scelta discrezionale necessario al ripristino della legalità costituzionale⁵². Nell'ambito di scelte politiche, ancorché necessitate dalla garanzia della legalità costituzionale e che non smentiscono l'anima giurisdizionale della Corte, i giudici della Consulta dovrebbero motivare adeguatamente le proprie scelte, per evitare il rischio di essere identificati come veri e propri legislatori.

In estrema sintesi e in via conclusiva sul punto, la Corte, nell'elaborare (non, forse, nell'utilizzare nel caso concreto) questa nuova tecnica decisoria, non si è fatta legislatore. Si tratterebbe, infatti, di una tecnica legittima da far assurgere a nuova regola processuale, in quanto frutto di quel doveroso bilanciamento fra principi generali *lato sensu* processuali.

3.3. *Esigenze di regolamentazione e valore processuale dell'ordinanza.*

Come precedentemente anticipato, in dottrina sono emerse perplessità sulla congruità del termine per decidere imposto al Parlamento⁵³. Tali dubbi, però, più che essere utilizzati per criticare la

⁵¹ Della questione, in generale, dell'esecuzione delle decisioni della Corte costituzionale si è recentemente occupato P. PASSAGLIA, *Le régime de l'exécution des décisions. Une faiblesse (apparente) de la Cour constitutionnelle italienne*, in [Jus Politicum](#), 22, in cui l'A., peraltro, evidenzia come la dottrina italiana poco si sia occupata della materia, richiamando gli unici contributi presenti in letteratura (F. PIERANDREI, *Le decisioni degli organi della "giustizia costituzionale". Natura, efficacia, esecuzione*, in *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, II, Padova, 1957, p. 243 ss.; C. MAINARDIS, *Sull'"esecuzione" delle sentenze della Corte costituzionale (per mezzo del potere sostitutivo)*, in *Le Regioni*, 2012, 1091 ss.; G. NAGLIERI, *Poteri esecutivi nella giurisdizione costituzionale tra garanzia dello stato di diritto e garanzia dei diritti*, in [Cammino Diritto](#), 7/2018; e in una prospettiva comparata E. STRADELLA, *Il problema dell'esecuzione delle decisioni costituzionali e il caso spagnolo*, in [Federalismi.it](#), 3/2018).

⁵² Un primo esempio in tal senso si rinviene nella determinazione di richiedere il previo parere dei comitati etici territorialmente competenti, ai fini della legittimità della scelta suicidaria di coloro che soddisfano le quattro condizioni tracciate dalla Corte; stessa conclusione meritano le possibili "forzature" che la Corte compie al fine di riconoscere indirettamente l'obiezione di coscienza: prima sostiene che la scelta suicidaria, ossequiosa dei tracciati parametri di legittimità, rientra fra le varie scelte terapeutiche *ex art.* 32 Cost. percorribili nella relazione di cura (dunque qualificando l'aiuto medico al suicidio come trattamento sanitario), salvo poi affermare che nessun obbligo sussiste in capo al medico circa le operazioni di assistenza medica all'esecuzione di quella scelta. In altri termini, la Corte traccia un diritto non pretendibile, con l'effetto di produrre un'insuperabile contraddizione. Sull'argomento cfr., fra gli altri, C. MASCIOTTA, [La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni](#), cit. 71; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 3

⁵³ E. GROSSO, *ult. op. cit.*, 543.

legittimità, e l'elevazione a regola, di quella condotta processuale, dovrebbero più correttamente rivolgersi verso l'affermazione di un'esigenza di regolamentazione di tale tecnica di giudizio.

Ad intervenire, al fine di stabilire le modalità di utilizzo di questo nuovo strumento di giudizio, segnatamente in punto di termini temporali per adempiere al dovere d'intervento, potrebbe essere tanto il Parlamento tanto la Corte costituzionale, a livello di norme integrative.

A ben vedere, infatti, stando alla legalità processuale formale, la Corte ha semplicemente rinviato l'udienza di trattazione della causa e ciò non è impedito da nessuna norma processuale, al momento.

Potrebbe apparire, forse, più opportuno un intervento legislativo⁵⁴, giacché si tratta di contemperare le necessità di tempo del Parlamento (e dunque della politica) con l'esigenza di un celere ripristino della legalità costituzionale così da ottenere quanto prima un effetto eliminatorio del vizio di costituzionalità *erga omnes* e, al contempo, eventualmente, non ledere il principio di ragionevole durata del processo ai danni delle parti del giudizio *a quo*⁵⁵.

Questo bilanciamento, al pari di tutti gli altri, sarà poi sottoponibile, se del caso, ad uno scrutinio di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale.

In tale occasione, è evidente, il legislatore, magari costituzionale, potrà anche scegliere una strada diversa e già battuta da altri ordinamenti, riconoscendo espressamente la possibilità per la Corte di sospendere gli effetti della sentenza di incostituzionalità⁵⁶.

Non molto dissimili sono, a ben guardare, le due tipologie di decisione, in quanto, anche con la tecnica processuale sperimentata in altri sistemi, a fronte di una violazione dei dettami costituzionali, l'organo di giustizia costituzionale adotta una sentenza che produce un vuoto di tutela per alcune posizioni giuridiche o fa sorgere comunque una pressante necessità di un intervento regolatorio.

Per evitare effetti pregiudizievoli, in tali casi, l'organo di giustizia costituzionale sospende gli effetti della sua decisione per un dato periodo di tempo così da dare al legislatore la possibilità di intervenire ed evitare il vuoto legislativo. Così operando, inoltre e specularmente, il Giudice delle leggi non finisce per usurpare il ruolo del Parlamento.

Pertanto, anche con questo differente strumento decisorio, il giudice di legittimità costituzionale svolge il proprio sindacato appena il caso giunge di fronte ad esso – e conseguentemente adotta la propria decisione –, mentre poi, solo successivamente, si potrà registrare la produzione degli effetti della decisione medesima.

Non diversamente la Corte costituzionale, con questa nuova tecnica di giudizio, tratta subito la questione, sia in udienza pubblica, sia in camera di consiglio, tanto che i relativi esiti si trovano già condensati nell'ordinanza che rinvia l'udienza.

Con tale pronunciamento, giova ribadirlo, la Corte entra nel merito di tutti gli aspetti logico-giuridici che la portano a constatare la sussistenza di un vizio di legittimità costituzionale. Pertanto, è fuor di dubbio che non vi sia affatto la necessità di trattare nuovamente la causa: il rinvio d'udienza, è evidente, costituisce un mero espediente per posticipare gli effetti di una decisione già assunta – quantomeno in un suo nocciolo principale – ed esplicitata.

Sul problema della fonte regolatrice si pongono, come anticipato poc'anzi, tre diverse opzioni: la regolamentazione integrativa ad opera della stessa Corte, la legge ordinaria e la legge costituzionale.

⁵⁴ Condivisibili appaio sempre le remore verso la fuoriuscita dalla legalità processuale da parte della Corte. Se la Corte costituzionale è e deve essere un giudice, bisognerebbe salutare positivamente una regolamentazione dei suoi strumenti processuali, soprattutto da parte del legislatore.

⁵⁵ Sull'eventuale frizione col principio di ragionevole durata del processo penale v. C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in Federalismi.it, 6/2019, 16.

⁵⁶ Sulle orme della rosa di decisioni che può adottare, ad esempio, la Corte Suprema del Canada, la quale, in un sistema giuridico sostanzialmente afferente al modello del *common law*, si è attribuita il potere di sospendere gli effetti delle sue decisioni (per la prima volta con la sentenza del 1985 sul caso *Reference Re Manitoba Language Rights*), potere poi speso anche nel caso *Carter*, sempre in tema di suicidio assistito.

Parrebbe preferibile la normativa ordinaria in forza di almeno due argomenti. Il primo luogo, le tipologie decisorie non sembrano rientrare nella riserva di legge costituzionale stabilita a *numerus clausus* (sebbene in modo non strettamente tassativo) dall'art. 137, comma 1, Cost.; dunque ricadrebbero nella riserva di legge ordinaria prevista dal comma 2, la quale assume carattere residuale. In secondo luogo, le norme integrative non sembrano essere idonee a soddisfare quelle esigenze di etero-confinamento dell'attività espansiva della Corte surricordate⁵⁷.

Pertanto, sebbene la Corte possa comunque sollevare in via incidentale davanti a sé una questione sulla legge ordinaria eventualmente approvata dal Parlamento, la stessa, per svincolarsi da quelle regole, dovrebbe sempre seguire le cadenze di un organo giurisdizionale (*in primis* la necessità di trovare un parametro di legittimità e di motivare adeguatamente in punto di vizio di costituzionalità), circostanza, questa, non richiesta per le modifiche alle norme integrative⁵⁸.

Ora, un'ordinanza che sospende il giudizio e che rinvia, di fatto, la questione al legislatore, non ha un formale valore di giudicato⁵⁹, ma ha un eccezionale valore di precedente, il quale risulta, a parere di chi scrive, fortemente vincolante rispetto alla decisione finale da adottare con sentenza.

Si potrebbe sostenere, infatti, che si tratti di un accertamento solo formalmente superabile⁶⁰.

I precedenti, ovviamente, possono sempre essere disattesi dalla Corte, ma le argomentazioni per far ciò dovranno essere tanto più forti tanto più recente e approfondito è il precedente. Allora, pare decisamente irrealistico che i giudici della Consulta modifichino il loro orientamento dopo l'adozione di un'ordinanza nella cui motivazione si afferma accertata la violazione della Costituzione da parte della norma impugnata.

Il precedente, infatti, è sostanzialmente contestuale e, per di più, riferito al medesimo processo. Dunque, anche nel caso in cui, nelle more della sospensione del processo, vi fosse la decadenza di alcuni componenti del collegio della Consulta tale per cui la precedente maggioranza venga meno, oppure in simile circostanza si verificasse l'ipotesi di assenza di alcuni giudici alla seconda votazione, appare improbabile un *overruling*.

La Corte perderebbe di credibilità e autorevolezza – sinonimi di legittimazione –, ma, inoltre, e questo è un dato da tenere fortemente in considerazione, risulterebbe del tutto ingiustificata la messa in mora del legislatore. Analogamente, vi sarebbero pesanti ripercussioni negative sulla

⁵⁷ A. PUGIOTTO, *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, 428-429, ricorda come «medesima, infatti, è la maggioranza richiesta per approvare sia una pronuncia costituzionale che una Norma integrativa. Le sentenze della Corte costituzionale non sono impugnabili (art. 137, comma 3, Cost.) come non lo sono le sue Norme integrative (cfr. [orrd. nn. 572/1990, 295/2006, 185/2014](#))»; l'unico dato differenziale sta nella vincolatività delle norme integrative, le quali, però, possono essere modificate quando necessario (Corte cost. [ord. n. 295 del 2006](#)). Tale vincolatività, quindi, non sembra appagare quelle esigenze di equilibrio fra organi dello Stato, particolarmente sentite quando la Corte si trova a compiere scelte discrezionali.

⁵⁸ In altri termini, la discrezionalità di cui gode la Corte nell'elaborare le norme integrative viene meno (o quantomeno fortemente ridimensionata) in sede di sindacato di legittimità sulla legge ordinaria che regola il suo processo; ciò si deve alla "processualità" del suo agire in veste di Giudice delle leggi (cfr. le limpide considerazioni sulle modalità di creazione del diritto giurisprudenziale in M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?* Milano, 1984, 126, cui si deve il virgolettato).

⁵⁹ G. D'AMICO, *Struttura ed effetti delle decisioni*, in *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi, M. Perini e A. Pisaneschi, Torino, 2008, 235 ss. Ma vedi, soprattutto, la ricostruzione sul tema di A. PIZZORUSSO, *Effetto di «giudicato» ed effetto di «precedente» delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, 1976.

⁶⁰ Salve esplicite sconfessioni, fra l'altro, non sarà possibile liberarsi dalla vincolatività del precedente neppure mediante un'opera argomentativa di distinzione dei due casi (quello relativo al precedente, quello relativo alla decisione da assumere) mediante differenziazione dei cc.dd. *material facts*. Qui i casi non sono simili, ma si tratta del medesimo caso, del medesimo processo, quindi non è possibile utilizzare quei classici strumenti nelle mani dei giudici degli ordinamenti in cui vige il principio dello *stare decisis*, per liberarsi dal precedente. Il valore di quella decisione, allora, protende, per certi versi, verso quello del giudicato. Tanta e tale la vicinanza con la *res iudicata* che taluno ha sostenuto, provocatoriamente, che se si fosse trattato di un giudizio comune, l'operazione della Consulta sarebbe stata tacciata di anticipazione di giudizio, ossia dell'integrazione di un illecito disciplinare (v. F. CRISAFULLI, *Intervento al Convegno "Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte Costituzionale"* organizzato a Roma il 17 luglio 2019 dall'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica).

credibilità pure se, dopo la sospensione del processo costituzionale, la Corte finisse per dichiarare la questione inammissibile per riconoscere la discrezionalità legislativa⁶¹.

Questi scenari, delicati per la credibilità e la legittimazione della Corte costituzionale, potrebbero certamente essere impiegati per criticare il riutilizzo di questa tecnica di giudizio, ma, a parere di chi scrive, è il caso di riconoscere ai giudici della Consulta il loro ruolo conservativo-manutentivo della legittimazione dell'organo di cui fanno parte. Del resto, nonostante il non accoglimento del principio dello *stare decisis*, qualora la Corte intenda superare un proprio precedente, il pronunciamento si prodiga nel trovare forti argomenti per non minare il proprio ruolo e le proprie fondamenta.

Non si tratta, infatti, di una manifestazione di fiducia a prescindere nei confronti della Corte, o comunque non lo è diversamente da tutti quegli atti di affidamento che la Costituzione stessa rivolge all'organo di chiusura dell'ordinamento. In definitiva è la Corte costituzionale stessa la vera custode della sua credibilità e legittimazione, lo è sin dalla sua nascita e non lo sarebbe diversamente ora con in mano questo nuovo strumento decisorio.

Ad ogni modo, e conclusivamente, consta segnalare come una riflettuta regolamentazione a livello legislativo potrebbe fugare i suesposti dubbi e timori, poiché se la legge processuale disegnasse la sentenza che segue l'ordinanza di condanna come una pronuncia *lato sensu* esecutiva, verrebbe meno in radice la possibilità per la Corte di entrare in contraddizione con se stessa⁶².

4. Un giudizio costituzionale di ottemperanza?

Come sostenuto in precedenza, il legislatore, dopo l'ordinanza che accerta la violazione dei principi costituzionali e rinvia l'udienza, non avrebbe più potere discrezionale sull'*an* dell'intervento ripristinatorio della legalità costituzionale. Così, in caso d'inerzia, la Corte, in via surrogatoria, assume anche scelte discrezionali (che siano costituzionalmente ammissibili, alla pari del legislatore in definitiva) e, dunque, politiche⁶³.

Da tali considerazioni paiono emergere talune possibili analogie col giudizio di ottemperanza instaurabile nel processo amministrativo. Questi momenti di vicinanza si attestano intorno al problema del rispetto del principio di separazione dei poteri, più che allo strumento processuale in sé.

In ambo i casi, infatti, si ha un organo giurisdizionale (speciale)⁶⁴ che, a fronte di un inottemperato obbligo di assumere una scelta discrezionale volta a ripristinare la legalità violata, si

⁶¹ Invero, una pronuncia d'inammissibilità potrebbe essere comprensibile in ragione dello stato di avanzamento dei lavori parlamentari, ancorché, forse, parrebbe più coerente un ulteriore differimento d'udienza.

⁶² Sull'opportunità, o fors'anche necessità, di una regolamentazione v. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 13/11/2020, 10.

⁶³ È la stessa Corte ad ammetterne la natura politica in quanto dichiara non percorribile la via di una soluzione a "rime obbligate". Ma come già sostenuto, ad altro piano attengono le critiche che possono essere mosse a questo ruolo che la Corte va assumendo, ossia a quello della giustificazione (da esplicitare in modo esaustivo in motivazione) dei singoli punti della decisione sostanziale. Tutte le scelte che la Corte compie nel campo della discrezionalità legislativa devono essere sostenute da una struttura argomentativa forte che ne evidenzia la funzione di tutela o di contemperamento dei valori costituzionali in gioco. Non può non richiamarsi ancora la scelta, della cui logicità vi è fondato motivo di dubitare, della chiamata in causa dei comitati etici nell'ambito delle procedure di suicidio assistito, i quali comitati non hanno alcuna competenza in ambito medico-scientifico.

⁶⁴ Invero, benché la Corte abbia negato di appartenere all'ordine giudiziario, ha riconosciuto a se stessa la legittimazione a sollevare una questione incidentale di legittimità costituzionale, qualificando, dunque, il suo processo come «un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale» (art. 23, L. 11 marzo 1953, n. 87). In senso analogo, la Consulta, si è auto-qualificata come «giurisdizione nazionale» (ai sensi dell'art. 267 TFUE) sia ai fini del ricorso in via principale (con [ordinanza n. 103 del 2008](#)), sia ai fini del ricorso in via incidentale (con [ordinanze nn. 207 del 2013](#) e [24 del 2017](#)) alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea; cfr. L. PESOLE, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n.103 del 2008*, in [Federalismi.it](#), 23 luglio 2008; F. VISMARA, *Rapporti tra Corte costituzionale italiana e giudice ordinario nella dinamica del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2012; U. ADAMO, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte*

sostituisce, con esercizio di giurisdizione estesa al merito, al titolare del potere politico, adottando esso stesso la decisione discrezionale.

Nel giudizio di ottemperanza del processo amministrativo si ha un organo giurisdizionale che in nome del principio di legalità (e dello Stato di diritto) s'ingerisce nel potere esecutivo, *lato sensu* inteso, e adotta scelte politiche⁶⁵. Analogamente, con una tecnica processuale come quella inaugurata nel "caso Cappato", l'inadempimento del circostanziato dovere di provvedere contenuto nell'ordinanza della Corte costituzionale comporta quella sorta di perdita dell'esclusiva competenza in capo al legislatore nell'assumere decisioni discrezionali, pertanto sorge, come nel processo amministrativo (art. 134, comma 1, lett. a, c.p.a.), una sorta di controllo giurisdizionale esteso al merito volto a dare esecuzione ad una precedente decisione giurisdizionale.

La Consulta, quindi, decide la questione di legittimità costituzionale compiendo scelte politiche proprio come farebbe il giudice amministrativo nel giudizio di ottemperanza nel momento in cui si sostituisce all'Amministrazione inadempiente⁶⁶.

In un caso si ha l'invasione della discrezionalità amministrativa al fine di ripristinare la legalità, così nell'altro si ha l'invasione della discrezionalità legislativa al fine di ripristinare la legalità costituzionale.

Ecco allora, come già emerso in precedenza, è chiaro che le scelte di contenuto effettuate dalla Corte costituzionale nella sentenza che segue l'ordinanza di incostituzionalità prospettata sono indubbiamente determinazioni politiche⁶⁷. Ciò discende chiaramente, come affermato peraltro dalla stessa Corte costituzionale, dal presupposto di questa nuova tipologia decisoria, ovvero dall'impossibilità di giungere a una conclusione, in modo asseritamente meccanico, a "rime obbligate". Che la Consulta, poi, nella [sentenza n. 242 del 2019](#), esorti l'intervento (ancora utilissimo) del legislatore, non toglie che un "minimo" (si fa per dire) di scelte discrezionali, su talune questioni cruciali, le abbia giocoforza compiute, traendo le soluzioni fra quelle già presenti nel sistema e ispirandosi al sistema costituzionale⁶⁸.

*costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio in via incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 24 luglio 2013. Per tali ragioni, con tutte le peculiarità che appaiono evidenti, può parlarsi di "giudice speciale", pur inteso in senso lato. Sul tema della qualificazione della Corte come giudice speciale v. R. ROMBOLI, L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 6 aprile 2015, 3; ID., *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, consultabile al sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, 19 settembre 2007; ID., *I rapporti tra giudici comuni e corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, in www.juridicas.unam.mx, spec. 334, ove l'A. afferma che la qualificazione della Corte come giudice ai fini della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale (riconosciuta a partire dall'[ord. n. 22 del 1960](#)) ha rappresentato il primo esempio di nozione "funzionale" e "sostanziale" di giudice.*

⁶⁵ Salva la possibilità (più raramente la doverosità) per il giudice amministrativo, molto spesso utilizzata nella prassi, di nominare un commissario *ad acta* per assumere le scelte discrezionali. Ad ogni modo, va tenuto comunque presente che, nonostante la non unanime ricostruzione della natura del commissario suddetto, il Codice del processo amministrativo pare considerarlo un ausiliario del giudice amministrativo e non come organo straordinario dell'amministrazione, pertanto la prospettiva di ingerenza del potere giudiziario su quello politico pare permanere inalterata (sul tema vedi la ricostruzione operata con sentenza del [Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 settembre 2015 n. 4299](#)). Anche più di recente il Consiglio di Stato ha affermato che il commissario *ad acta* è per sua natura «*longa manus* del giudice per realizzare il diritto accertato dal giudicato» ([Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2018, n. 6038](#)).

⁶⁶ Con una differenza, fra le altre, di non poco momento: la sostituzione del giudice amministrativo è pressoché definitiva, stante il carattere concreto dei provvedimenti amministrativi, mentre la sostituzione del giudice costituzionale sarebbe sempre precario e provvisorio, potendo il legislatore intervenire anche immediatamente dopo il deposito della sentenza. Non vi sarebbe mai, in altri termini, una sostituzione "espropriativa".

⁶⁷ Accentuando, così, quelle difficoltà già messe in luce da ampia dottrina, secondo cui, più in generale, «conciliare politica e giurisdizione è attività complessa e problematica, innanzitutto perché la Consulta è investita del potere di incidere sulla legge, potere, questo, che delinea un tipo di controllo giurisdizionale solo nella forma (in quanto esercitato nella forma del processo, che si svolge davanti ad un giudice imparziale), mentre nella sostanza si tratta di un controllo connotato da un'intrinseca componente di politicità, essendo spesso diretto ad eliminare atti del potere politico, quali sono le leggi», così testualmente C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, cit., 417.

⁶⁸ La Corte, con la [sent. n. 242 del 2019](#), demolisce sì parte dell'art. 580 c.p., ma va ben oltre, riconoscendo l'esclusività della competenza a verificare condizioni e modalità della pratica di assistenza al suicidio alle strutture del

Così ragionando, l'ordinanza che rinvia l'udienza giungerebbe ad assumere la sostanza di una pronuncia di condanna ad un *facere* pubblicistico, mentre la sentenza che accoglie nel merito la questione assumerebbe le sembianze di una pronuncia esecutivo-attuativa⁶⁹.

Le conseguenze di un tale inquadramento possono sollevare perplessità e, finanche, preoccupazioni. Basti pensare agli aspri scontri cui si è assistito, anche di recente, fra il CSM e il giudice dell'esecuzione⁷⁰, nell'ambito del quale era già intervenuto anche il legislatore del 2014.

In effetti, il caso dell'esecuzione coatta delle sentenze di condanna del Consiglio superiore della magistratura è, forse, quello che più si avvicina ad un eventuale giudizio di ottemperanza costituzionale.

La Corte costituzionale con le [sentenze nn. 419 e 435 del 1995](#), respingendo il ricorso del Consiglio Superiore per conflitto di attribuzioni contro il Consiglio di Stato come giudice dell'ottemperanza, affermò a chiare lettere che «la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria [e che quindi] in linea di principio non sono configurabili giurisdizioni passibili di esecuzione ed altre in cui il dovere di attuare la decisione si arresti di fronte alle particolari competenze attribuite al soggetto il cui operato è sottoposto a sindacato. Al contrario, la garanzia della competenza cede a fronte della contrapposta garanzia di ogni cittadino alla tutela giurisdizionale, la quale rappresenta e dà contenuto concreto, in definitiva, alla garanzia della pari osservanza della legge: da parte di tutti ed in egual misura».

servizio sanitario nazionale e stabilendo una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse, ma soprattutto la Corte richiede (in modo poco comprensibile) ai fini della liceità della condotta l'intervento dei comitati etici territoriali e assume una posizione eminentemente politica sull'obiezione di coscienza. Sul punto v. più ampiamente C. MASCIOTTA, [La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirimpenti implicazioni](#), cit. 71; particolarmente critico sull'eccessiva creatività della Corte A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 3.

⁶⁹ La dottrina prevalente, tuttavia, disconosce carattere vincolante all'ordine rivolto al legislatore dalla Corte costituzionale (per tutti v. 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/I, 4). Ad avviso di chi scrive, invece, e come già anticipato, pare che l'ordine in parola assuma carattere vincolante in senso giuridico per diretta discendenza dal generale obbligo di dare attuazione al dettato costituzionale. Tale dovere, dunque, viene accertato dalla Corte con l'ordinanza e in riferimento a questo viene formulata espressamente, e in modo specifico, la necessità di intervenire per rimuovere la situazione di illegittimità costituzionale; tale "ordine", che non trova riscontro nel dispositivo, può essere ritenuto sussistente in forza della teoria del c.d. vincolo al motivo portante, sostenuta anche dalle Sezioni Unite del 2014 (sul punto cfr. § 4.1.). Del resto, anche nella [Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2012](#) del Pres. Gallo, pag. 8 e ss., si ebbe modo di precisare, in merito ai moniti rivolti al legislatore, che «tali solleciti non possono essere sottovalutati. Essi costituiscono, infatti, l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità. Si pensi all'ipotesi in cui l'eliminazione del contrasto con la Costituzione *esiga* la riforma di interi settori dell'ordinamento o possa realizzarsi in una pluralità di modi consentiti dalla Carta costituzionale, la scelta dei quali è riservata alla discrezionalità del legislatore. Non è inopportuno ribadire che queste esortazioni *non equivalgono al mero auspicio* ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l'affermazione – resa nell'esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è *tenuto* ad intervenire in materia [corsi aggiunti]». Tale tesi, inoltre, troverebbe conforto in quella opinione espressa in dottrina sui rapporti fra "governo del legislatore" e "governo dei giudici"; cfr., ad es., M. DOGLIANI, *L'amministrazione dei diritti fondamentali: un insolubile dilemma costituzionale*, in *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, 2009, ove l'A. ricorda come, per mezzo delle dottrine sulla diretta applicabilità e immediata precettività delle norme costituzionali, si è generata, addirittura, una sorta di competenza concorrente fra legislatore, da un lato, e Corte costituzionale e giudici comuni, dall'altro, la quale, tuttavia, non pare comunque "paritaria", dacché la competenza dei giudici sarebbe abilitata, o comunque sollecitata, dall'inerzia, dal «protratto silenzio del legislatore».

⁷⁰ Una volta sbarrata la strada del conflitto di attribuzioni innanzi alla Corte costituzionale, il Consiglio superiore della magistratura ha a più riprese adito la Corte di Cassazione come giudice della giurisdizione per censurare l'esercizio della giurisdizione di merito in luogo della giurisdizione di legittimità da parte del giudice amministrativo. La Suprema Corte ha da sempre respinto (cfr. da ultimo Cass. civ., sez. unite, 14 gennaio 2020, n. 413), sulla scorta delle indicazioni della Corte costituzionale in punto di controllo sulla giurisdizione *ex art.* 111, comma 7, Cost., il quale non consente un sindacato sul tipo di giurisdizione esercitata.

Ora, se è vero che queste considerazioni non possono essere, *de plano*, rivolte anche al Parlamento, ciò non toglie che, *mutatis mutandis*, si potrebbe comunque sostenere che la garanzia della competenza, ancorché la più libera, dovrebbe cedere a fronte della contrapposta garanzia di ogni cittadino alla tutela giurisdizionale, la quale rappresenta e dà contenuto concreto, in definitiva, alla garanzia della pari osservanza della Costituzione: da parte di tutti ed in egual misura.

È ben vero, dunque, che la riserva di amministrazione non è del tutto assimilabile alla sovranità parlamentare, ma è altrettanto vero che la violazione della legge non comporta quel dissesto dell'ordinamento che cagiona invece la violazione della Costituzione. Dunque, chiare a tutti le differenze che intercorrono fra un organo di rilievo costituzionale, quale è il Consiglio superiore della magistratura, e il Parlamento, in uno Stato costituzionale di diritto non dovrebbero concepirsi spazi completamente immuni dal sindacato giurisdizionale, anche e soprattutto di costituzionalità⁷¹.

Se la discrezionalità legislativa si differenzia dalla discrezionalità amministrativa per la c.d. libertà nei fini, questa libertà teleologica viene sicuramente meno allorché la scelta assunta collide con statuizioni di rango costituzionale. La Costituzione pretende di essere attuata e rispettata, così laddove il legislatore ometta di darne applicazione oppure compia scelte in violazione della stessa, non c'è alcuna libertà, ma c'è una situazione di obbligo sanzionato, poiché c'è il diritto di tutti a che la Costituzione non venga ignorata.

Nel momento in cui si afferma che la volontà politica del legislatore si condensa in atti sotto-ordinati ad altri atti normativi, non c'è più spazio per affermare una piena libertà nei fini: il legislatore può perseguire i fini su cui la Costituzione non si pronuncia.

Tuttavia, e a ben riflettere, anche la Corte tende a fuoriuscire dall'alveo del suo ruolo, così come tradizionalmente tracciato dalla Carta fondamentale, soprattutto ad opera dell'art. 136 Cost. Si tratta, del resto, di una questione annosa che risale al varo delle sentenze manipolative sul finire degli anni Sessanta del secolo scorso⁷².

Sin dal superamento dell'unicità delle sentenze d'incostituzionalità (totale o parziale), emerge un'interpretazione ampia, operata dai giudici della Consulta, dell'art. 136, comma 1, Cost., ispirata ad un canone di ermeneutica sistematica e teleologicamente orientata al ruolo complessivo che la Carta attribuisce alla Corte costituzionale.

A tal proposito, in dottrina si è parlato di completo superamento del principio di separazione dei poteri, con la conseguenza che «viene al contempo a smarrirsi l'idea stessa di Costituzione e di Stato costituzionale, quale mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789»⁷³.

Non possono, tuttavia, sottacersi due dati, connessi e ben noti. In primo luogo, va rammentato come nel costituzionalismo francese abbia stentato ad affermarsi l'idea stessa di rigidità costituzionale e, quindi, di Costituzione come strumento anti-maggioritario; in secondo luogo, va ricordato come l'idea stessa di Costituzione nasca nei termini di uno strumento di limitazione del potere, così le prime Costituzioni in senso proprio altro non sono che carte di regolamentazione dei poteri⁷⁴. Conseguentemente, il principio di separazione dei poteri assurge, nel XVIII secolo, a elemento minimo imprescindibile affinché, da un lato, possa parlarsi di Costituzione e, dall'altro,

⁷¹ In questo senso vanno lette anche le numerose critiche che possono muoversi all'autodichia delle Camere (v. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, 28 aprile 2009 n. 14, *caso Savino ed altri c. Italia*).

⁷² Un primo chiaro esempio fu rappresentato dalla [sent. n. 15 del 1969](#) della Corte costituzionale

⁷³ Così A. RUGGERI, [La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore \(Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021\)](#), in questa [Rivista, retro](#), 222.

⁷⁴ Per approfondimenti sul costituzionalismo francese cfr. P. PASSAGLIA, *La Costituzione dinamica. Quinta Repubblica e tradizione costituzionale francese*, Torino, 2008; ID., *La giustizia costituzionale in Francia*, in *Esperienze di giustizia costituzionale*, a cura di J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, I, Torino, 2000, 199 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil Constitutionnel e lo sviluppo della giustizia costituzionale in Francia*, in *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di L. Mezzetti, Padova, 2009, 175 ss.

possa essere riconosciuto uno *standard* minimo di tutela dei diritti, quelli dei ceti dominanti. La Costituzione è, in quel momento, lo strumento contro l'assolutismo⁷⁵.

Con il secondo dopoguerra, il costituzionalismo europeo si è arricchito con gli statuti dei diritti, con la rigidità costituzionale e con la garanzia giurisdizionale di legittimità costituzionale⁷⁶. Orbene, senza degradare a mero orpello la *Seconda Parte* della nostra Costituzione, non può che constatarsi la stretta strumentalità della stessa alla tutela dei diritti fondamentali della persona. Allora, così ragionando, non si sta smarrendo l'idea di Costituzione. Al contrario, si è ormai affermata un'idea di Costituzione come strumento anti-maggioritario, come strumento di garanzia dei diritti della persona a prescindere da qualunque volontà politica⁷⁷.

Pertanto, se questa è l'idea di Costituzione, è naturale che lo spazio per la discrezionalità politica (che non è più arbitrio, come lo era nel 1789) si vada riducendo.

Salvaguardare la riserva di competenza sottesa al principio di separazione dei poteri, quando tale competenza è esercitata in modo lesivo dei diritti fondamentali della persona, si traduce nel tutelare l'abuso⁷⁸. In altre parole, se il principio in parola è volto, in ultima istanza, a proteggere i diritti, non può essere garantito laddove venga impiegato in modo lesivo per gli stessi.

L'impostazione ermeneutica volta ad ampliare i poteri d'intervento della Corte, nel rispetto di equi contemperamenti dei valori in gioco, che comunque meritano attenta considerazione, pare, al contrario, nella direzione tracciata da tutto il sistema costituzionale: la tutela dei diritti fondamentali della persona.

È per tali ragioni che il problema di trovare un altro soggetto che surrogi la scelta del legislatore – quando non vi siano le cc.dd. “rime obbligate” – deve essere superato. Ad opinare diversamente si dovrebbe sostenere che è meritevole di protezione la scelta di non intervenire e, quindi, di preservare una situazione normativa connotata da illegittimità costituzionale.

Il legislatore è sempre libero di assumere le scelte che la Costituzione gli consente, sia prima, sia dopo l'intervento della Corte, ma nelle more del suo illegittimo silenzio la legalità costituzionale va ripristinata, anche con strumenti coattivi quali le procedure di esecuzione coatta delle decisioni giurisdizionali.

Consapevoli della non totale assimilabilità, riecheggiano qui le parole della Corte costituzionale del 1995: «in base al già ricordato principio di effettività della tutela giurisdizionale deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge [ovvero, *mutatis mutandis*, rispetto della Costituzione, n.d.r.] stessa. Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione [ovvero, *mutatis mutandis*, del principio di rigidità costituzionale, n.d.r.], i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto; e quindi anche nei confronti di qualsiasi atto della pubblica autorità, senza distinzioni di sorta, pur se adottato da un organo avente rilievo

⁷⁵ Per il concetto di Costituzione come strumento antiassolutistico e sul ruolo della separazione dei poteri e dei relativi equilibri di ceto v. G. REBUFFA, *Le radici della Costituzione inglese*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2006, 327-338, spec. 331.

⁷⁶ Per un quadro dell'evoluzione del costituzionalismo europeo sotto questo profilo, cfr. *La nascita delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra*, a cura dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Padova, 2000, 3-283.

⁷⁷ Sulla natura di strumento antimaggioritario e conseguente ruolo della giustizia costituzionale nel sistema costituzionale, cfr. per tutti R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, consultabile al sito dell'[Associazione Italiana dei Costituzionalisti](#), 9 settembre 2007.

⁷⁸ In maniera più perentoria si è espressa la Corte costituzionale, con [sent. n. 243 del 1993](#), affermando che «una pronuncia che ancora una volta rimettesse il superamento di queste situazioni, che incidono su valori costituzionali, all'intervento del legislatore - inutilmente a lungo sollecitato - non potrebbe non apparire [...] come abdicazione alle funzioni del giudice delle leggi e non potrebbe non risolversi nella protezione non già della discrezionalità del legislatore, ma della sua inerzia».

costituzionale [...]. In questi termini la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria»⁷⁹.

Pur nella consapevolezza di varie peculiarità e differenze fra amministrazione e legislatore, risulta opportuno porsi dall'altra prospettiva per apprezzare i tratti di vicinanza fra giudizio amministrativo di ottemperanza e quello che in questa sede si è denominato, timidamente, “giudizio costituzionale di ottemperanza”: l'esigenza di effettiva tutela del cittadino⁸⁰. Per tali ragioni è da considerare legittima e doverosa la forgiatura di questo nuovo strumento decisorio, che è essenziale a rendere effettivo il ruolo di garante giurisdizionale della Costituzione cui la Corte è deputata.

Un giudizio di ottemperanza costituzionale è funzionale ad attribuire alla Corte costituzionale un rimedio esecutivo a fronte della sleale e illegittima mancata collaborazione da parte del Parlamento⁸¹.

Questo accostamento, fra la nuova tecnica processuale e il giudizio di ottemperanza – nell'ambito del quale il giudice amministrativo esercita sempre, e necessariamente, giurisdizione di merito –, è evidente, non può condurre ad una totale assimilazione.

Non c'è modo, *rebus sic stantibus*, né per il giudice *a quo* con l'ordinanza di rimessione, né per le parti del processo costituzionale, di radicare autonomamente questa sorta di giudizio costituzionale di ottemperanza⁸². Tale possibilità resta nella più totale discrezionalità (*rectius*, arbitrio) della Corte costituzionale⁸³.

Cionondimeno questa ricostruzione può essere utile per riaffermare la natura giurisdizionale della Corte, nonostante i momenti di tensione fra principi costituzionali e valori ad essi sottesi.

Non possono essere sottaciuti, infatti, gli evidenti pericoli che il Parlamento potrebbe percepire in termini di rispetto delle proprie prerogative costituzionali. Ma se, come si è già affermato a più riprese, a ben riflettere il Parlamento viene intaccato minimamente e provvisoriamente nella propria funzione e discrezionalità legislativa⁸⁴, bisogna tenere sempre in forte considerazione quanto affermato anche di recente dal Consiglio di Stato, in perfetta coerenza con la giurisprudenza costituzionale consolidata.

La giurisprudenza amministrativa, infatti, anche a seguito della modifica dell'art. 17 della legge del 24 marzo 1958, n. 195 ad opera dell'art. 2, comma 4, seconda parte, del d.l. n. 90 del 2014, conv., con modif., nella l. n. 114 del 2014⁸⁵, ha segnalato chiaramente come sia

⁷⁹ Corte Cost. [sent. n. 419 del 1995](#) (conforme in tal senso anche [la n. 435 del 1995](#)).

⁸⁰ In questo senso vanno letti i vari contributi volti a sottolineare il ruolo di garanzia dell'effettività della tutela dei diritti ricoperto dal giudizio di ottemperanza; fra i molti v. M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 528 ss.

⁸¹ Cfr. M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, in [Federalismi.it](#), 2021, fasc. 3, 62-63, che così afferma: «E allora viene naturale chiedersi: il problema è l'“attivismo” della Corte o l'“indifferenza” del Parlamento nell'attuazione costituzionale?».

⁸² Sulla stessa scia, non sarebbe ammissibile neppure la nomina di un commissario *ad acta*, forse inconcepibile nell'ambito del processo costituzionale.

⁸³ Sull'impiego incerto di questo nuovo strumento v. §4.2., §4.2.1 e §4.2.2. e cfr. A. RUGGERI, [La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore \(Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021\)](#), cit. 221 ss., più in generale, sull'impiego sostanzialmente arbitrario degli strumenti decisorii (specchio di una valutazione fortemente discrezionale dei limiti che derivano dalla sussistenza di spazi rimessi alla discrezionalità legislativa).

⁸⁴ La temporaneità e la precarietà dell'intervento surrogatorio della Corte, d'altra parte, invasivo delle competenze legislative, non pare idoneo di per sé a colorare di legittimità l'operato del Giudice delle leggi, ma ha un ruolo fondamentale nel rendere equilibrato quel contemperamento fra principio di separazione dei poteri e principio di rigidità costituzionale, di guisa che nel bilanciamento non vi sia un valore che viene completamente sacrificato sull'altare dell'altro.

⁸⁵ Il quale ha escluso l'applicabilità delle lettere *a*) e *c*) dell'art. 114 c.p.a. in materia di conferimento o conferma di incarichi direttivi e semidirettivi ai magistrati ordinari da parte del CSM, comportando quale conseguenza che anche in sede di giurisdizione di merito il giudice amministrativo non può più sostituirsi direttamente al Consiglio Superiore determinando il contenuto specifico del provvedimento da adottare né, se la sentenza di cui si chiede l'esecuzione non è passata in giudicato, dettando le modalità esecutive della medesima pronuncia.

incontrovertibilmente necessario esperire sempre un'interpretazione costituzionalmente orientata che consenta la più ampia effettività delle decisioni di giustizia, confortando un'interpretazione restrittiva di quella norma limitativa dei poteri del giudice amministrativo nell'ambito del giudizio di ottemperanza⁸⁶. Resta, infatti, sempre possibile la nomina di un commissario *ad acta* con poteri sostitutivi, il quale, stante la qualificazione espressa *ex art. 21 c.p.a.*, è da considerarsi a tutti gli effetti un ausiliario del giudice, un organo di carattere giurisdizionale e non amministrativo.

Limitare una tutela forte come quella esecutiva finisce, altrimenti, per violare il principio di effettività della tutela che ha un rilievo costituzionale, convenzionale e eurounitario (artt. 24, 103 e 113 Cost., art. 6 CEDU e art. 47 della Carta di Nizza).

4.1. Considerazioni descrittive e prescrittive dell'ottemperanza costituzionale.

Ammessa la validità – ed evidenziatane la necessità – di un giudizio di ottemperanza costituzionale, appare necessario mettere in luce le conseguenze giuridiche di una siffatta qualificazione, affinché ciò non si risolva in una mera operazione descrittiva⁸⁷.

Così, innanzitutto, è necessario chiarire l'oggetto dell'ottemperanza e i connotati dello stesso.

Ora, giova rammentare come l'ottemperanza non necessariamente deve essere radicata su pronunciamenti passati in giudicato, poiché, essendo un giudizio di esecuzione, ciò che rileva è l'esecutività degli stessi. In effetti, nonostante l'indiscutibile contenuto decisorio dell'ordinanza⁸⁸, non pare assumere quella stabilità degli effetti tipica della cosa giudicata. Tant'è vero che l'ordinanza, di regola, si distingue dalla sentenza proprio in quanto non priverebbe il giudice che la adotta del potere di ritornare sopra quanto deciso.

A ben riflettere, però, mutuando quanto affermato anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte. nel 2014⁸⁹ facendo leva sulla teoria del c.d. vincolo al motivo portante, si potrebbe sostenere come il dispositivo interlocutorio dell'ordinanza non impedisca radicalmente di qualificare come decisoria – e definitiva – l'ordinanza in parola. In fondo la Corte costituzionale accerta il *vulnus* alla legalità costituzionale e ordina al legislatore di provvedere rimuovendo la ragione di illegittimità costituzionale.

La differenza fra il monito e l'ordine, difatti, sembra risiedere proprio nella sanzionabilità dell'intimazione. Ne derivano a cascata due conseguenze: l'esecutività immediata dell'ordine e la natura condannatoria della pronuncia.

La prima conseguenza discende sia dalla natura stessa dell'operazione processuale imbastita dalla Corte, sia dall'espresso termine a scadenza.

La seconda conseguenza – che a ben riflettere è la diretta conseguenza della prima – può agevolmente affermarsi dacché si ravvisa una decisione di accertamento accompagnata da un ordine di eseguire. Tanto basta per aversi le condizioni necessarie e sufficienti per affermarne la natura esecutiva: in definitiva, la pronuncia di condanna altro non è che un provvedimento di mero accertamento connotato dalla prescrizione di un comportamento (pubblicistico).

⁸⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1551; nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2018, n. 955. Per un'analisi compiuta del tema v. F. GUARRACINO, *Il contenzioso sulle delibere del C.S.M. di conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi*, in [Giustizia amministrativa](#) – dottrina, dicembre, 2020, 28 ss.

⁸⁷ Operazione che avrebbe comunque il pregio di ricondurre al terreno della giurisdizione l'operazione della Corte costituzionale.

⁸⁸ Si è già messo in evidenza come sia la struttura, sia il contenuto argomentativo siano tipici dell'atto che assume la forma della sentenza. Pertanto, l'ordinanza in parola, non avendone né la forma né la sostanza, ha dell'ordinanza soltanto il *nomen iuris* derivatogli dal dispositivo.

⁸⁹ Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, secondo le quali si forma giudicato implicito qualora il giudice accerti dell'invalidità dell'atto impugnato innanzi a sé dichiarandola in motivazione (e non nel dispositivo) in modo non equivoco. Così argomentando si potrebbero pure superare quei rilievi che autorevole dottrina ha formulato in merito all'impossibilità per la Corte costituzionale di determinare gli effetti delle proprie pronunce, i quali discenderebbero esclusivamente dal dispositivo delle sue decisioni (V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, cit., 305).

Se così stanno le cose, allora, da un lato è possibile configurare un giudizio di ottemperanza⁹⁰, mentre, dall'altro, resta aperto il problema della modificazione della statuizione contenuta nell'ordinanza in sede di verifica circa l'esecuzione dell'ordine formulato al legislatore.

Ebbene, se si ammette una natura interlocutoria all'ordinanza *de quo*, il problema non può essere superato – pur vigenti i vincoli derivanti dalla forza di precedente –, mentre se si valorizza l'impianto strutturale e motivazionale dell'ordinanza in esame – oltre che la *ratio* stessa dell'operazione processuale –, può ammettersi quella stabilità tipica della *res iudicata*. A ben guardare, infatti, l'atto è inoppugnabile e quindi, salvo ammettere dei discutibilissimi poteri officiosi di riesame, la Corte – né nessun altro al suo posto – potrebbe rivisitare quella statuizione, passando in giudicato formale e, conseguente, giudicato sostanziale.

Va osservato, però, che l'unicità del procedimento giurisdizionale innanzi alla Corte – testimoniato dalla tecnica del rinvio d'udienza –, nonostante la valorizzazione di quel contenuto decisorio, forse non consente di giungere a sostenere che con l'ordinanza la Corte si sia definitivamente privata del potere di decidere la causa, poiché decidendola con l'ordinanza avrebbe esaurito detto potere. Ciononostante, già si sono detti i forti vincoli che derivano dalla valenza di precedente di quella pronuncia e, soprattutto, dall'aver messo in mora l'organo più libero di tutti: il Parlamento.

L'inquadramento di questa tecnica decisoria come un giudizio a doppia fase, una prima di carattere condannatorio, una seconda di carattere esecutivo, ben si coniuga, come già ampiamente argomentato, con l'esercizio di un sindacato di merito con potere sostitutivi.

A ben vedere, infatti, anche nel processo amministrativo il giudizio di ottemperanza rappresenta la principale – e più importante a livello sistematico – ipotesi di giurisdizione di merito (art. 134, comma 1, lett. *a*), c.p.a.)⁹¹.

Ebbene, se in automatico la giurisdizione di merito consente, in primo luogo, di sindacare scelte di opportunità (e non solo di legittimità)⁹² e, in secondo luogo, di esercitare poteri sostitutivi nei confronti dell'Amministrazione con conseguente assunzione di scelte d'opportunità, quando la giurisdizione di merito viene esercitata nell'ambito del giudizio di ottemperanza questo doppio profilo della giurisdizione di merito viene meno⁹³.

In effetti, in tal caso, il giudice amministrativo prima adotta un provvedimento che accerta l'illegittimità (non l'inopportunità) della scelta amministrativa, mentre in un secondo momento, rilevato il perdurare dell'illegittimità e l'inesecuzione dell'ordine di rimuovere la stessa, si sostituisce all'Amministrazione compiendo scelte discrezionali.

Pertanto, la giurisdizione di merito in questo caso non consente mai di censurare scelte di opportunità (ossia scelte inopportune). Il sindacato – inteso come sinonimo di controllo – rimane un sindacato di legittimità. Così deve essere se non si vuole violare in modo insopportabile il principio di separazione dei poteri. Cionondimeno, una volta annullato l'atto dell'Autorità adottato in violazione del giudicato oppure una volta constatata l'assenza dell'adozione di un atto, nel vuoto provvedimentale, il giudice deve intervenire.

⁹⁰ L'art. 112, comma 2, lett. *b*), c.p.a. prevede *de plano* l'ottemperanza delle sentenze esecutive non passate in giudicato del giudice amministrativo; l'art. 474, comma 1, n. 1, c.p.c. consente *de plano* la tutela esecutiva avverso le sentenze esecutive non passate in giudicato del giudice ordinario. E comunque si deve notare che la Corte costituzionale, nel momento in cui dà esecuzione a quell'ordinanza (che appare forse ancora) provvisoria ne cristallizza il contenuto in modo definitivo, quindi non si pongono quei problemi tipici dell'esecuzione dei pronunciamenti non definitivi.

⁹¹ G. COCOZZA, *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2011, 1321.

⁹² Ancorché dall'analisi delle principali ipotesi di giurisdizione di merito (art. 134 c.p.a.) emerge chiaramente come questo tipo di giurisdizione sia prevista dal legislatore non tanto per consentire al giudice di sindacare o di svolgere valutazioni di opportunità, quanto per riconoscere allo stesso un potere sostitutivo nei confronti dell'Amministrazione.

⁹³ Questo è confermato chiaramente dall'art. 112, comma 2, c.p.a., laddove dispone che la finalità del giudizio è quella di dare attuazione ad una pronuncia quantomeno esecutiva e non quella di sindacare scelte di opportunità, e dall'art. 114, comma 4, c.p.a., lì dove stabilisce i poteri del giudice in caso di accoglimento del ricorso.

Ora, com'è noto, il giudizio di ottemperanza del processo amministrativo è un procedimento misto avente momenti di cognizione e momenti di stretta esecuzione⁹⁴, conseguentemente sarebbe da preferire la dicitura di giudizio di attuazione, o con scopo di attuazione, piuttosto che di mera esecuzione.

Il giudice amministrativo, e analogamente la Corte costituzionale, può esercitare sia poteri esecutivi tipici dell'esecuzione, sia poteri cassatori⁹⁵.

Questa precisazione è utile al fine di meglio comprendere le possibili conseguenze che dovessero derivare se, in futuro, a seguito di un'ordinanza condannatoria come quella in esame, il legislatore decida di intervenire.

A rigore, in tale evenienza, la Corte non dovrebbe rinviare gli atti al giudice *a quo* affinché questo possa valutare se lo *ius superveniens* consenta o meno di superare i dubbi di costituzionalità che erano emersi.

Questo accertamento dovrebbe essere svolto direttamente dalla Consulta, con due possibili esiti.

Qualora il legislatore riformuli la disposizione impugnata senza rimuovere effettivamente le ragioni sostanziali di illegittimità costituzionale censurate in ordinanza, sarebbe preferibile che la Corte trattenesse presso di sé la causa e pronunciasse, se del caso, una sorta di sentenza di illegittimità costituzionale consequenziale.

Qualora, viceversa, l'intervento legislativo modifichi la norma nella parte in cui contribuisce a generare l'accertato *vulnus* ai principi costituzionali, sarebbe auspicabile che la Corte pronunciasse un'ordinanza di restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*, poiché, in tal caso, le eventuali ragioni d'incostituzionalità – qualora vi fossero – sarebbero estranee o comunque autonome rispetto a quelle censurate nell'originaria ordinanza di rimessione e, quindi, tenuto conto del principio del chiesto e pronunciato, estranee anche all'ordinanza condannatoria della Corte stessa.

Questo momento cognitivo svolto dal Giudice delle leggi in sede di verifica dell'operato del legislatore tenderebbe, peraltro, a rievocare una tesi un tempo consolidata e prevalente nella giurisprudenza amministrativa.

Il riferimento va alla teoria del giudicato a formazione progressiva, nell'ambito della quale il giudizio di ottemperanza è idoneo a rappresentare un tassello⁹⁶.

Questa impostazione ermeneutica, che vede nel giudizio di ottemperanza una prosecuzione del giudizio di cognizione, dunque, mitigherebbe anche i problemi sopra evocati in riferimento alla consistenza di *res iudicata* della pronuncia espressa con l'ordinanza.

Ferme queste considerazioni, conclusivamente può affermarsi come l'ordinanza motivata che rinvia la trattazione altro non è che una pronuncia di condanna a provvedere (non ad un *facere* specifico poiché le soluzioni adottabili solo plurime) cui consegue in caso di inesecuzione oppure di violazione o di elusione di quell'ordine l'esercizio di una giurisdizione estesa al merito con i conseguenti poteri sostitutivi.

⁹⁴ Questo è quanto si recepisce dall'insegnamento tradizionale della dottrina: v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 386 ss.; C. CALABRÒ, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza*, in *Enc. giur.*, XV, Milano, agg. 2003, 3; cfr. inoltre *Relazione introduttiva al Codice del processo amministrativo*, 49 ss., soprattutto 51, ove così si esprime «la storica natura “mista” del giudizio di ottemperanza, che non è pura esecuzione, ma presenta fisiologici momenti di cognizione»; consultabile al sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁵ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2020, 1698.

⁹⁶ Questa teoria è stata in parte superata, o, forse meglio, mitigata, dalla giurisprudenza amministrativa a far data dall'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo in ragione sia dell'introduzione di nuove tipologie di azioni che il privato può ora proporre di fronte al naturale giudice di cognizione, sia del passaggio da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, con nota di A. TRAVI, *In tema di processo amministrativo, sentenza di annullamento, giudicato amministrativo, giudizio di ottemperanza*, in *Foro it.*, 2017, 4, pt. 3, 202-204). Entrambi i motivi di superamento di questa tesi non trovano spazio nel processo costituzionale poiché, anzitutto, non si tratta in questa sede di un giudizio d'azione (che è rappresentato, invece, dal giudizio in via principale), ma di un giudizio in via incidentale e, soprattutto, si tratta sempre di un giudizio sull'atto.

4.2. La discrezionalità legislativa come limite non insuperabile. Esigenze di chiarezza.

La dottrina più recente ha avuto modo di osservare e precisare come le cc.dd. “rime obbligate” ormai rappresentino un mero limite relativo all’intervento della Corte. In particolare, è stato correttamente sostenuto che l’assenza di una soluzione a “rime obbligate”, ossia di una soluzione costituzionalmente imposta, si limita ad impedire alla Corte di intervenire subito, ma non può impedire alla Corte di intervenire in seconda battuta con una soluzione conforme a Costituzione – fors’anche costituzionalmente preferibile se non è dire troppo – per rimediare al già accertato *vulnus*⁹⁷.

Questa logica, invero, non muta in dipendenza dell’impiego dello strumento della c.d. doppia pronuncia – con una sentenza monito e una successiva sentenza di accoglimento – o dell’utilizzo dello strumento processuale in esame – mediante ordinanza motivata di rinvio della trattazione e successiva sentenza di accoglimento.

In ambo i casi la Corte accerta espressamente la violazione della Carta fondamentale e intima al legislatore di rimuovere tale situazione di illegittimità adottando una delle varie scelte costituzionalmente ammissibili. La Corte può accompagnare quell’intimazione dalla prospettazione di conseguenze chiare e a data certa dell’inesecuzione oppure non farlo. In altri termini può formulare un ordine o un monito.

Quel che non cambia è che la Corte comunque procede alla “integrazione” o “sostituzione” della previsione dichiarata illegittima rinvenendo nel sistema precisi punti di riferimento⁹⁸.

La Corte per far ciò ha individuato uno strumento più efficace ed è quello adoperato con le [ordinanze nn. 207/2018](#) e [132/2020](#), senonché la Corte non mostra chiaramente quale sia il suo intendimento sul *modus procedendi* – che ha importanti rilievi sul piano sostanziale – per il futuro.

In altre parole, enucleata questa efficace tecnica di tutela non si comprende perché con la [sentenza n. 253 del 2019](#) la Corte sia intervenuta subito in senso manipolativo nonostante la mera presenza di “rime adeguate”, poi con [ordinanza 132 del 2020](#) abbia “condannato” il Parlamento a porre rimedio al *vulnus* ai valori costituzionali e, infine, con le [sentenze nn. 32](#) e [33 del 2021](#) (“sorelle”, se non gemelle) abbia deciso di tornare al monito.

Data la peculiare efficacia di quello che, in sostanza, appare come un giudizio di ottemperanza particolarmente penetrante, non si comprende quale sia il discrimine fra *vulnus* ai diritti costituzionali della persona, ove alcuni, a quanto pare, giustificano la messa in mora del Parlamento e altri consentono al più la formulazione di un monito al legislatore.

C’è da sperare – ma dalle motivazioni ciò non pare affatto emergere – che le sentenze-monito del 2021 siano giustificate da ragioni contingenti, ossia dalla grave crisi pandemica, sanitaria, economica e sociale. Si tratta, a ben riflettere, di circostanze che non avrebbero consentito, forse, la possibilità di instaurare un proficuo confronto e un reale dibattito parlamentare (importante soprattutto in temi eticamente sensibili), salvo prevedere rinvii d’udienza particolarmente lontani nel tempo.

Quel che va respinto, tuttavia, è un utilizzo “a piacere”, arbitrario, degli strumenti processuali della Corte, ma parimenti sono da respingere impieghi politici degli stessi.

La Corte dovrebbe spiegare la ragione per cui alcuni diritti costituzionali, se conculcati dal legislatore (con atti di normazione attiva o per mezzo di omissioni legislative), non meritano una tutela piena quando questa è disponibile nel giudizio costituzionale. E, più in generale, c’è bisogno di chiarezza sui presupposti che giustificano il superamento della discrezionalità legislativa e sul conseguente impiego di quelle tecniche di giudizio.

A ben vedere, infatti, lo strumento “forte” è stato utilizzato in un caso che, come si vedrà meglio nel paragrafo successivo, non “gridava vendetta”, mentre lo strumento debole è stato impiegato in

⁹⁷ Cfr. M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?* cit., 59 ss. il quale parla delle “rime obbligate” come «limite relativo» all’intervento della Corte costituzionale.

⁹⁸ Così M. RUOTOLO, *ult. op. cit.*, 58-59.

riferimento a diritti primari del minore. Una scelta che solleva forti perplessità. Ma ancora, la Corte, con comunicato stampa pubblicato il 15 aprile 2021, anticipa che, dopo aver ravvisato una situazione d'incompatibilità dell'attuale regime dell'ergastolo ostativo con il sistema costituzionale (in particolare artt. 3 e 27 Cost. e 3 Cedu), ha deciso di rinviare la trattazione della causa a maggio 2022, affinché, nelle more, il legislatore possa intervenire⁹⁹. Un atteggiamento altalenante che non sembra trovare immediata giustificazione nelle motivazioni espresse dalla Corte in queste decisioni.

La Corte, dal canto suo, si è limitata a dire che, in primo luogo, la tutela "forte" è da considerarsi legittima e possibile tutte le volte in cui emergano valori di primario rilievo e, in secondo luogo, che non è sufficiente lo schema del monito quando le peculiarità del caso concreto non lo consentono in ragione della rilevanza dei valori coinvolti¹⁰⁰.

La prima è un'esortazione tanto ampia da far sì che il perimetro applicativo della tecnica di tutela in esame sia coincidente quantomeno con i giudizi in cui si lamenti nocimento ai diritti fondamentali della persona. La seconda una formulazione tautologica o apodittica, poiché la Corte non indica il livello di rilevanza dei valori coinvolti.

La giurisprudenza successiva non chiarisce, ma, anzi, sembra confondere profondamente¹⁰¹.

4.2.1. *La Corte costituzionale ci riprova? Brevi cenni sull'[ordinanza n. 132 del 2020](#).*

Con l'[ordinanza n. 132 del 2020](#) i giudici della Consulta, replicando quanto fatto con l'[ordinanza n. 207 del 2018](#), hanno sospeso il processo costituzionale ed esortato l'intervento ripristinatorio la legalità costituzionale del Parlamento.

Un caso differente da un punto di vista sostanziale rispetto alla vicenda Antoniani-Cappato, ovvero quello della responsabilità penale dei giornalisti in caso di diffamazione a mezzo stampa, segnatamente in punto di proporzionalità della pena detentiva e in punto di latitudine della libertà di manifestazione del pensiero e di cronaca; un caso del tutto analogo, se non identico, da un punto di vista processuale.

Merita anticipare come quel che cambia, ma che non incide sulla scelta dello strumento adottato, è il rango dei valori in gioco.

L'[ordinanza n. 132 del 2020](#), che appare come atto interlocutorio, di rinvio d'udienza, replica lo schema bipartito della parte motiva dell'[ordinanza 207 del 2018](#) e che, prima di quest'ultima, era tipica solo delle sentenze¹⁰².

La Corte costituzionale affronta in modo completo tutte le questioni processuali e di merito, giungendo ad affermare come «[u]n simile bilanciamento è divenuto ormai inadeguato [...] Ciò esige

⁹⁹ Comunicato del 15 aprile 2020 intitolato "Ergastolo ostativo incompatibile con la Costituzione ma occorre un intervento legislativo. un anno di tempo al Parlamento", reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale. In tale comunicato la Corte afferma che il suo sindacato immediato deve momentaneamente arrestarsi per rispetto della discrezionalità legislativa, poiché «l'accoglimento immediato delle questioni rischierebbe di inserirsi in modo inadeguato nell'attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata».

¹⁰⁰ Così la Corte nell'[ordinanza n. 207 del 2018](#), par. 11 cons. in dir.

¹⁰¹ Parla di una «piena fungibilità dei tipi di decisione» che emerge dalla giurisprudenza, anche recente, della Corte costituzionale A. RUGGERI, [La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore \(Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021\)](#), cit., 221 ss. Va, dunque, rammentato l'insegnamento di autorevole dottrina secondo cui la necessità di osservare le regole del processo costituzionale è sotteso ad un valore particolarmente importante per un organo che si voglia di natura giurisdizionale, soprattutto in ragione dell'esigenza di prevedibilità delle sue decisioni da parte dei cittadini, i quali debbono poter «individuare standars di comportamenti che offrano, nei limiti del possibile, prospettive di certezza ai giudici ed ai cittadini circa l'uso dei mezzi processuali che hanno, poi, un grandissimo rilievo anche sul piano sostanziale», così L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in AA. VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, cit., 98.

¹⁰² A. RUGGERI, [Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato](#), in questa *Rivista*, 2020/II, 399.

una rimodulazione del bilanciamento sotteso alla disciplina in questa sede censurata, in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica, nel senso ora precisato»¹⁰³.

Chiaro è l'accertamento del *vulnus* ai principi costituzionali, chiaro è l'indirizzo dato al legislatore, al quale "passa la palla".

La Corte, infatti, prosegue dicendo a chiare lettere che «[u]n 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. *Il legislatore, d'altronde, è meglio in grado di disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco [corsivo mio]*»¹⁰⁴. Dal tenore dell'ordinanza in parola ben si comprende che così come «spetta in primo luogo al legislatore» intervenire, vi sarà qualcuno a cui, se del caso, spetterà intervenire in *secondo* luogo, in seconda battuta.

Ecco che torna quel rilievo mosso in dottrina circa la valenza come limite solo relativo delle "rime obbligate" all'intervento della Corte. L'assenza di queste impedirebbe alla Consulta di pronunciarsi subito, ben potendo farlo in seconda battuta, mediante una pronuncia che dà seguito ad un precedente monito oppure mediante una sentenza che segue un'ordinanza di incostituzionalità prospettata¹⁰⁵.

Allo stesso tempo, è stato subito osservato in sede di primo commento come, tuttavia, detto pronunciamento mostri un tono meno marcato in riferimento alla cosiddetta "messa in mora del Parlamento" rispetto a quello registrato nell'[ordinanza n. 207 del 2018](#) in riferimento al "caso Cappato"¹⁰⁶.

Senonché non può ignorarsi il dato per cui, in questa sede, si sta adoperando uno schema processuale già collaudato ed inoltre si sta affrontando una questione sostanziale che non ha la medesima carica etico-sensibile di quella emergente dalla questione del suicidio assistito.

In un caso si tratta di espungere alcune condotte (quelle non eccezionalmente gravi) da quelle punibili anche con la pena detentiva (ma che potrebbero comunque mantenere la loro rilevanza penale), nell'altro si trattava di stabilire i confini della legittimità della pretesa ad essere aiutati a morire con conseguente decriminalizzazione delle condotte agevolative. Ma, ancora, non si può fare a meno di notare come sia la Corte stessa a mettere in evidenza come vi siano molteplici progetti di legge all'esame delle Camere e quindi risulta comprensibile un'ammonizione meno severa.

Tanto premesso, dunque, risulta difficile ritenere che, in caso di inerzia del legislatore, la vicenda processuale in parola segua un decorso differente da quella seguita dalla questione sul "caso Cappato".

Anche in questa vicenda, pertanto, si assisterà ad un successivo giudizio di ottemperanza in cui la Corte, a seguito della udienza pubblica del 22 giugno 2021, se accerterà – come pare avverrà – l'inerzia legislativa, interverrà stabilendo essa stessa il regime sanzionatorio dei reati diffamatori sotto giudizio. Così la Consulta dovrà stabilire se certe condotte diffamatorie, in nome di libertà costituzionali e convenzionali (artt. 2, 21 Cost. e 10 CEDU), meritino solo conseguenze civilistiche e risarcitorie, oppure anche sanzioni penali, sebbene di natura solo pecuniaria. Una scelta di merito, una scelta di opportunità, tipica di un giudice di ottemperanza.

Tanto premesso, questo reiterare la tecnica processuale inaugurata nel 2018-2019 a pochi mesi di distanza, sembra far emergere un certo indirizzo della Corte verso un non così parsimonioso utilizzo della tecnica processuale in esame. E ciò non può che avere riflessi di non poco momento sul controllo giurisdizionale di costituzionalità, soprattutto in materia penale, ambito rispetto al quale

¹⁰³ [Ord. n. 132 del 2020](#), par. 7 cons. in dir.

¹⁰⁴ [Ord. n. 132 del 2020](#), par. 8 cons. in dir.

¹⁰⁵ Cfr. M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?* cit., 60 ss., il quale, peraltro, segnala come talvolta la Corte costituzionale anche in assenza di rime obbligate procede immediatamente a pronunciarsi nel merito.

¹⁰⁶ A. RUGGERI, [Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato](#), cit., 399.

sovente il sindacato della Corte si arrestava in nome degli spazi di discrezionalità legislativa che caratterizzano la politica criminale¹⁰⁷.

4.2.2. Il “non detto” delle [sentenze nn. 32 e 33 del 2021](#).

Questi due pronunciamenti meritano quantomeno brevissimi cenni, per quel che interessa in questa sede.

La [sentenza n. 32 del 2021](#) si è occupata del tema delle tutele del rapporto genitoriale (soprattutto *sub-species* di tutela del *best interest* del minore) fra genitore intenzionale e figlio nato con procreazione medicalmente assistita, specificatamente nel caso in cui l’interruzione del rapporto di coppia impedisca anche la strada dell’adozione in casi particolari¹⁰⁸.

Ebbene, in tal caso la Corte dichiara l’inammissibilità per discrezionalità legislativa, pronunciando un monito durissimo al legislatore dopo aver riscontrato un *vulnus* ai principi costituzionali («Ciò [ossia la minor tutela del minore in ragione della condotta dei genitori] ha indotto questa Corte a ravvisare una “*capitis deminutio perpetua e irrimediabile*”, lesiva del diritto al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*, che è «elemento costitutivo dell’identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall’art. 2 della Costituzione», e in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza»¹⁰⁹). Ciononostante, infatti, la Corte precisa che «al riscontrato vuoto di tutela dell’interesse del minore, che ha pieno riscontro nei richiamati principi costituzionali, questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio. [...] Un intervento puntuale di questa Corte rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato»¹¹⁰.

Così la Consulta conclude disponendo che «nel dichiarare l’inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei

¹⁰⁷ Di recente la possibilità di giungere ad una conclusione a “rime obbligate” non rappresenta più un limite invalicabile per il sindacato della Corte costituzionale, neppure in ambito penale (cfr. sul punto A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2019, spec. 268; S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 183-185; ID., *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2017; 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; R. CABAZZI, *Sulle “rime obbligate” in materia penale. Note a margine della sentenza della Corte Cost. n. 40/2019*, in *Federalismi.it*, 6, 2020; F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 2016; G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta OnLine, Genova, 2020, III, 153 ss; D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costringitiva*, in *Sistema Penale*, 2, 2021, soprattutto 21 e ss.; ma, sul punto, v. anche [Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2019](#) della Pres. Cartabia, soprattutto pag. 8-11, e *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale). Giurisprudenza sistematica*, a cura di V. Manes, Ottobre 2013, sul sito della [Corte costituzionale](#). Così, da una parte, i moniti che questa aveva in passato rivolto al legislatore trovano seguito nelle più recenti sentenze di accoglimento, con le quali la Corte statuisce opzioni costituzionalmente adeguate, rintracciandole (senza uno stretto vincolo di pertinenza, peraltro) nel sistema (v. Corte cost. [sent. n. 222 del 2018](#) e, da ultimo, [sent. n. 156 del 2020](#)); mentre dall’altro, nelle nuove ipotesi di irragionevolezza o sproporzione delle scelte incriminatorie e sanzionatorie in senso lato la Corte pare – ma le perplessità sono ancora tante – prediligere la tipologia di pronuncia recentemente inaugurata.

¹⁰⁸ Si trattava, peraltro, di un bambino nato in Italia a seguito di fecondazione eterologa praticata all’estero e registrato come figlio della sola partoriente. Qualora, infatti, il figlio fosse nato all’estero (ove la PMA è consentita anche a coppie omosessuali) il relativo atto che riconoscesse lo *status filiationis* nei confronti di entrambe le madri (quella biologica e quella intenzionale) sarebbe stato trascrivibile in Italia, poiché tale pratica nel nostro ordinamento costituisce un mero illecito amministrativo, incapace di incidere sul contenuto del concetto di ordine pubblico.

¹⁰⁹ Corte cost. [sent. n. 32 del 2021](#), par. 2.4.1.3. cons. in dir.; sebbene in questo punto la Corte si riferisce alla sua precedente giurisprudenza è chiara la sua intenzione di estendere quella considerazione al caso *sub iudicem*.

¹¹⁰ Corte cost. [sent. n. 32 del 2021](#), par. 2.4.1.4. cons. in dir.

mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia».

La formulazione di un così duro monito, però, lascia veramente perplessi.

Se tanto è grave il vuoto di tutela e tanto è intollerabile l'inerzia legislativa, perché mai la Corte non ha trattenuto presso di sé la questione, obbligando il legislatore ad intervenire, comminando le conseguenze che seguiranno a data certa ad una sua inerzia? In definitiva il giudice di legittimità costituzionale sembra qui ripetere le cadenze della motivazione della sua [ordinanza n. 207 del 2018](#): esigenza di una valutazione in prima battuta del legislatore, l'intollerabilità della situazione di illegittimità costituzionale. Non c'è modo di capire perché stavolta si ritenga di procedere diversamente.

La Corte, in effetti, dà risposte perlopiù apodittiche. Invero, afferma che un suo intervento potrebbe generare "disarmonie", e ciò solo è sufficiente per i giudici della Consulta per abdicare al loro ruolo di garanzia della legittimità costituzionale.

Disarmonie che, del resto, si verrebbero comunque a generare nel caso di inerzia legislativa se e quando una questione analoga busserà alle porte della Consulta. Ma se il rischio di creare disarmonie deve imporre alla Corte di arrestare il suo sindacato di costituzionalità, come giustificherà il suo futuro intervento in sede di "esecuzione" del monito qui formulato? Come si è più volte cercato di evidenziare, gli effetti sul piano del diritto oggettivo sono identici nei casi di intervento con doppia pronuncia (pronuncia di inammissibilità con monito e successiva sentenza di accoglimento) e di intervento con ordinanza "condannatoria" seguita da sentenza di accoglimento nell'ambito del medesimo processo. Ciò che cambia è lo *standard* di tutela *medio tempore* garantito, specie, ma non solo, con riferimento ai soggetti del giudizio *a quo*.

Non viene data alcuna spiegazione logico-giuridica a questo *self restraint* tutto a danno dei diritti di primario rilievo che la Corte era chiamata a garantire.

La [sentenza n. 33 del 2021](#), invece, si è occupata della tutela del minore nato da surrogazione di maternità all'estero (ove la *lex loci* consente tale pratica) rientrato in Italia¹¹¹. Ancora una volta il nocciolo della questione è il riconoscimento del rapporto di filiazione non tanto ai fini del soddisfacimento di una pretesa alla genitorialità, quanto ai fini di salvaguardare il *best interest* del minore, il quale necessita il riconoscimento di un legame giuridico idoneo a generare una posizione di responsabilità genitoriale in capo ad entrambi i genitori, quello biologico e quello intenzionale.

La Corte in questa pronuncia svolge delle argomentazioni del tutto sovrapponibili a quelle espresse nella [sentenza n. 32](#) del medesimo giorno. Senonché vi è un dato che spinge la Corte a formulare un monito ben più blando: i riflessi extra-penalistici sulla nozione di "ordine pubblico" dell'illiceità penale della surrogazione di maternità (art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004)¹¹².

La circostanza che nel nostro ordinamento la gestazione per altri sia sottoposta a divieto penale, infatti, imporrebbe, nonostante la prevalenza del diritto del minore, di operare un «bilanciamento tra gli interessi del bambino e la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale»¹¹³.

Cionondimeno la Corte sottolinea come una tutela per il minore debba comunque essere riconosciuta e che, come già affermato nella [sentenza n. 32 del 2021](#), da un lato, l'adozione in casi

¹¹¹ Circostanza, questa, che se da una parte non consente la punizione della condotta dei genitori, dall'altra comunque collide con un principio di ordine pubblico internazionale (come da ultimo affermato da Cass. SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193) di guisa che sia impedito il riconoscimento dell'atto formatosi all'estero di riconoscimento della genitorialità.

¹¹² Peralto, senza interrogarsi sulla legittimità costituzionale di tale reato, né sotto il profilo della ragionevolezza e dell'offensività di un divieto penale che sanzioni *tout court* la surrogazione di maternità, né sotto il profilo del rispetto del principio di determinatezza, dacché, come non ha mancato di rilevare la dottrina penalistica che più si è occupata del tema (cfr. A. VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in [disCrimen](#), 15.10.2020, 14 ss.), l'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 non pare affatto spendersi nella descrizione del fatto tipico.

¹¹³ Corte cost. [sent. n. 33 del 2021](#), par. 5.6. cons. in dir.

particolari non è idonea a garantire adeguatamente i diritti del bambino e, dall'altro, che il vuoto di tutela si traduce in una strumentalizzazione della persona umana a fini altri, in piena violazione dell'art. 2 Cost. e, più in generale, del "principio" di dignità umana.

Così la Corte, arrestando il proprio sindacato, rimette al legislatore la questione, affinché esso possa operare scelte ponderate e sistematiche, poiché solo a questo spetta il compito di scegliere, almeno in prima battuta. Il Parlamento, dunque, dovrà trovare una forma di tutela della relazione affettivo-patrimoniale del figlio con entrambi i genitori che non sia l'adozione non legittimante, ma che, al contempo, non necessariamente deve consistere nell'adozione piena¹¹⁴.

Ancora una volta, però, non viene data alcuna spiegazione in riferimento all'inidoneità (o inopportunità) dello schema della pronuncia di incostituzionalità prospettata.

5. *Riflessioni conclusive.*

Un primo dato che può trarsi da questa recente giurisprudenza è l'assoluta incertezza circa i criteri con cui la Corte sceglie di adottare gli strumenti processuali che ha a disposizione. Questo impiego ai limiti dell'arbitrio, a ben vedere, è strettamente connesso alla forza di limite ricoperto dalle cc.dd. "rime obbligate".

La Corte, difatti, sembrerebbe mostrare di avere un rapporto problematico con le rime obbligate: in un primo momento adotta uno strumento particolarmente incisivo, ma che al contempo tende a tutelare la discrezionalità del Parlamento; in un secondo momento supera *de plano* l'assenza di rime obbligate; in un terzo momento, torna allo strumento del monito, ora forte, ora meno forte; infine, replica la tecnica inaugurata con l'[ordinanza 207 del 2018](#).

In generale, tuttavia, può notarsi una certa tendenza della Consulta a non considerare insuperabile la discrezionalità legislativa e ciò invita a riflettere ancora sul ruolo della Corte costituzionale e sulla sua natura ora politica, ora giurisdizionale, con la consapevolezza che le risposte si assesteranno, senza dubbio, ancora in una zona grigia. Ma, giova rimarcarlo, prescindendo dall'incidenza dei casi concreti, l'anima giurisdizionale risulterebbe tuttora fortemente connotante il nostro modello di giustizia costituzionale.

Già con i tradizionali moniti, seguiti da sentenza di accoglimento, la Corte adottava decisioni politiche al pari di quelle assunte con la sentenza sul "caso Cappato", ma quest'ulteriore passo può comunque avere l'effetto di spostare ancora oltre l'ago della bilancia¹¹⁵, soprattutto constatando anche il mutato atteggiamento della Corte in ambito penale, fortemente connotato dalle scelte discrezionali di politica criminale del Parlamento, rispetto al quale il sindacato di costituzionalità tende a farsi sempre più effettivo e penetrante.

¹¹⁴ Anche l'ordinamento convenzionale, infatti, non pretende necessariamente né la trascrizione dell'atto formato all'estero di riconoscimento della filiazione, né l'adozione piena quando il bambino sia stato generato con surrogazione di maternità. La *Grand Chambre*, chiamata ad esprimere un parere consultivo non vincolante ai sensi del Protocollo 16 (peraltro non ancora dichiarato esecutivo dall'Italia), ha affermato che, al cospetto dell'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati, ciò che va necessariamente garantito è un procedimento rapido che assicuri un rapporto pieno col minore (*Avis Consultatif* del 10 aprile 2019, su domanda n. P16-2018-001 della Corte di Cassazione francese). Dunque, al legislatore il compito di congegnare uno strumento di tutela non subordinato né al consenso dell'altro genitore né all'iniziativa dell'adottante e, inoltre, che renda più pieno il rapporto genitore-figlio rispetto a quanto non consenta oggi l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 della legge n. 184 del 1983. Sul tema, anche con particolare riferimento all'impiego (implicito) del parere come norma interposta, v. E. ALBANESI, [Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?](#), in questa [Rivista, retro](#), 232 ss.

¹¹⁵ Preoccupati i rilievi di A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 4 nel commentare la [sentenza n. 242 del 2019](#), per il quale si è avuta la completa maturazione, senza molti mascheramenti, della «conversione di un giudice, sia pure del tutto peculiare, qual è la Corte, in un legislatore allo stato puro».

L'accostamento col giudizio di ottemperanza instaurabile nell'ambito del processo amministrativo di cui si è dato precedentemente conto, nonostante possa apparire per certi versi forzato, potrebbe risultare idoneo a respingere l'idea critica per cui la Corte si è fatta legislatore¹¹⁶.

In definitiva, infatti, simili censure che possono essere mosse al Giudice di legittimità costituzionale potrebbero essere mosse al giudice di legittimità amministrativa.

Invece, al contrario, il giudizio di ottemperanza del Codice del processo amministrativo è sempre stato salutato con forte favore da dottrina e giurisprudenza.

La dottrina ha ravvisato in ciò lo strumento, eccezionalmente efficace ed opportuno, per porre fine a vuoti di tutela del cittadino contro le condotte abusive dell'Amministrazione, dunque indispensabile e fisiologico per salvaguardare pienamente il principio dello Stato di diritto¹¹⁷.

E la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la necessità costituzionale di questo strumento.

In un passato non molto lontano la "immunità" di cui godeva l'Amministrazione mai avrebbe tollerato un controllo tanto penetrante da parte di un organo giurisdizionale (quandanche speciale)¹¹⁸.

Oggi è considerato invece un controllo irrinunciabile in nome di un principio di civiltà quale è il principio di legalità e dello Stato di diritto.

Ecco allora che, forse, suddetto accostamento, tanto forzato non è più.

Dunque, *mutatis mutandis*, questa inedita tecnica decisoria può essere salutata con favore (abbandonando l'idea di "immunità" del legislatore) come indispensabile strumento di garanzia del principio dello Stato costituzionale di diritto e, quindi, come mezzo necessario alla pienezza e all'effettività del sindacato giurisdizionale di legittimità costituzionale.

Non paiono così insuperabili, benché mantengano comunque una certa efficacia, neppure le argomentazioni che muovono dalla, pur evidente, differenza fra l'Amministrazione, espressione del potere esecutivo, e il Parlamento, espressione del potere legislativo.

Quest'ultimo elemento della classica triade dei poteri dello Stato troppo a lungo è stato affiancato al concetto di sovranità (parlamentare o popolare) come connotato del Parlamento.

Appare necessario, invece, tenere ben distinti i piani in uno Stato costituzionale di diritto. Il Parlamento è sì il primo e massimo organo di rappresentanza della sovranità popolare, ma quest'ultima, com'è ormai assodato, non è illimitata.

La sovranità non si esprime più solo attraverso la via della rappresentanza parlamentare, ma, come ricorda l'art. 1, comma 2, della Costituzione¹¹⁹, anche mediante gli approdi irretrattabili della Carta fondamentale, soprattutto in termini di libertà fondamentali della persona.

¹¹⁶ Giovando, dunque, anche a temperare quello "scivolamento" verso un sistema sempre più lontano dai tradizionali pilastri del modello di *civil law*, messo in luce ormai da ampia dottrina, fra cui merita ricordare M. DOGLIANI, *L'amministrazione dei diritti fondamentali: un insolubile dilemma costituzionale*, in *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, cit.

¹¹⁷ Cfr. recentemente F. TAORMINA, *L'ottemperanza al giudicato. La giustizia nell'Amministrazione*, in [Ratio Juris](#), 12 gennaio 2018, ma v. anche M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudizio amministrativo*, cit. C.E. GALLO, *Ottemperanza (giudizio di) (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2008 e M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, Relazione al 56° Convegno di Studi amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010, in [Federalismi.it](#), 2010.

¹¹⁸ Che il problema del sindacato giurisdizionale sul potere esecutivo-amministrativo sia da affrontare superando l'idea di riconoscere una sfera di immunità all'Amministrazione, la quale rischia di rappresentare un elemento viziante i presupposti di un ragionamento laico è stato segnalato da autorevole dottrina, cfr. A. TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione. Rileggendo Edoardo Garbagnati*, in *Jus*, 1, 2014, 3 ss.

¹¹⁹ Nella parte in cui dà suprema valenza ai limiti che la Costituzione pone al potere esercitabile dal popolo.

È indispensabile, allora, abbandonare quell'idea di "immunità" che deriva dal concetto stesso di sovranità parlamentare in quanto, oramai, dalla metà del secolo scorso in avanti, l'unico sovrano è il popolo e la sua Costituzione¹²⁰, non già il Parlamento.

Ed è per questa ragione, in definitiva, che dovrebbe scemare quell'atteggiamento di ritrosia avverso l'espansione del sindacato (giurisdizionale) di legittimità costituzionale.

¹²⁰ Ormai celebre l'espressione "sovranità della Costituzione" di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 8 ss.

Alessandro Lauro**Note critiche sulla crisi del Governo Conte II e la formazione del Governo Draghi***

ABSTRACT: *The paper analyses the crisis of the second Conte Ministry and the transition to the new Cabinet led by Mario Draghi. In particular, it reflects on two main aspects: the legitimacy of minority governments according to the Italian Constitution and the role of the President of the Republic handling the ministerial crises during the 18th legislature. In conclusion, some hypotheses are formulated for new constitutional conventions that could provide the Italian system of government with greater stability.*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Dal Governo Conte II al Governo Draghi: piccola cronaca costituzionale – 3. Il dilemma del “governo minoritario” – 4. Il Presidente della Repubblica e la gestione delle crisi di governo nella XVIII legislatura – 5. La possibilità di darsi nuove regole convenzionali: alcune ipotesi.

1. Premessa

Non c'è due senza tre: la XVIII legislatura continua a consegnare spunti problematici alla riflessione costituzionalistica. L'occasione è la terza (sofferta) crisi di governo che ha segnato il passaggio dal secondo Governo Conte all'Esecutivo guidato da Mario Draghi.

La vicenda induce a riflettere su tre aspetti salienti che attengono al funzionamento della forma di governo parlamentare in Italia: a) la legittimità di governi di minoranza; b) la gestione delle crisi di governo da parte del Presidente della Repubblica; c) la necessità di addivenire a nuove regole convenzionali “stabilizzatrici” del nostro sistema di governo.

Dunque, dopo una breve sintesi cronologica dei principali eventi susseguitisi nei mesi di gennaio e febbraio 2021, ci si soffermerà a riflettere partitamente sulle tre problematiche identificate.

2. Dal Governo Conte II al Governo Draghi: piccola cronaca costituzionale

Volendo risalire ai primordi della crisi di governo che ha travolto il secondo Governo Conte, bisogna probabilmente tornare al febbraio 2020, poco prima che la pandemia di Covid-19 dilagasse.

A circa sei mesi dalla nascita del c.d. governo “giallo-rosso”, il gruppo di Italia Viva mostrava una notevole insofferenza nei confronti del Presidente del Consiglio e dell'alleanza con il Movimento 5 Stelle (il principale pomo della discordia era rappresentato dalla riforma della prescrizione¹), arrivando a minacciare (neanche tanto velatamente) la crisi e sottolineando l'impossibilità di un Governo Conte *ter*, a cui sarebbero mancati i voti al Senato².

Lo scoppio della pandemia sostanzialmente congela sia le rese dei conti, che i tentativi di rilancio della maggioranza su una più articolata piattaforma programmatica, che la rapida crisi agostana aveva solo abbozzato.

Nell'estate del 2020 – quasi in contemporanea con l'approvazione dell'ingente piano europeo di aiuti economici per la ripresa post-pandemica, il *Next Generation UE* – la componente di Italia Viva torna ad avanzare le sue richieste qualificanti per la prosecuzione dell'alleanza di governo, fra le quali molte ritenute “indigeste” al M5S (prime fra tutte l'attivazione di un prestito da parte del Meccanismo Europeo di Stabilità).

La richiesta di ricorrere al MES induce le ministre di Italia Viva, Teresa Bellanova ed Elena Bonetti, ad astenersi nel Consiglio dei ministri del 13 gennaio 2021 sull'approvazione del c.d. *Recovery Plan*, cioè del piano italiano per la gestione dei fondi europei straordinari.

* Contributo scientifico soggetto a referaggio.

¹ M. LANARO, *Conte: “Italia viva presenta sfiducia a Bonafede? Irrazionale, ne trarrò le conseguenze”*, in [Il Fatto quotidiano](#), 14 febbraio 2020.

² Renzi, *se cade il Conte Bis ci sarà nuovo Governo, non le urne. Noi all'opposizione*, in [Il Sole 24 ore](#), 17 febbraio 2020.

Conseguentemente, le due ministre, insieme al sottosegretario Scalfarotto, presentano al Presidente del Consiglio le dimissioni, spiegate in una conferenza stampa con il *leader* della loro forza politica di riferimento, che muove varie accuse al Governo e al Presidente del Consiglio, fra le quali non passa inosservata quella di aver compiuto un attentato alla democrazia tramite i decreti di quest'ultimo (d.p.c.m.) con cui si intendeva fronteggiare la pandemia³.

Il 18 gennaio il Presidente del Consiglio, confrontatosi previamente con il Presidente della Repubblica⁴, sceglie la strada della “parlamentarizzazione” della crisi di coalizione, rendendo comunicazioni alle Camere, al termine delle quali viene votata la questione di fiducia posta sulla risoluzione presentata dai capigruppo di maggioranza (senza, ovviamente, il supporto di Italia Viva). Al Governo viene confermata la fiducia, sia alla Camera (con maggioranza assoluta), sia al Senato (con maggioranza semplice) il giorno seguente. I gruppi di Italia Viva si astengono in entrambi i casi⁵.

Il Presidente del Consiglio si reca in seguito a conferire con il Capo dello Stato, ma non vengono rilasciati comunicati suoi contenuti del colloquio definito “interlocutorio”⁶, seppure carico di preoccupazioni da parte del Quirinale⁷.

Il 21 gennaio i quotidiani riportano – senza comunicati, né smentite ufficiali – lo svolgimento di un incontro fra il Presidente Mattarella e i rappresentanti dei partiti di opposizione (Giorgia Meloni, Matteo Salvini e Antonio Tajani), colloquio richiesto da questi ultimi e nel corso del quale pare fossero emerse le diverse posizioni interne al centrodestra⁸. Lo stesso giorno viene annunciata la nomina dell'ambasciatore Pietro Benassi, consigliere diplomatico del Presidente del Consiglio, a Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio con delega alla sicurezza della Repubblica⁹.

A partire dal voto fiduciario, nel corso di queste giornate sono vari i tentativi compiuti per allargare la maggioranza di governo al Senato, “corteggiando” singoli parlamentari. Allo scopo, si organizza a Palazzo Madama un gruppo parlamentare di sostegno al Presidente Conte per accogliere eventuali transfughi, nato – malgrado le nuove norme regolamentari del Senato sulla formazione dei gruppi in corso di legislatura – grazie alla partecipazione dei senatori del Movimento Associativo Italiani all'Estero (MAIE)¹⁰.

Il 25 gennaio, in vista di una votazione al Senato sulla relazione sulla giustizia del Ministro

³ Con la legge 22 maggio 2020 n. 35, che ha convertito con modificazioni il d.l. n. 19/2020, tutti i d.p.c.m. adottati per fronteggiare l'epidemia sono stati oggetto di specifiche risoluzioni parlamentari (art. 2, comma 1).

⁴ *Comunicato del 14 gennaio 2021*: «Il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella ha ricevuto questo pomeriggio al Palazzo del Quirinale il Presidente del Consiglio dei ministri Giuseppe Conte. Il Presidente della Repubblica ha firmato il decreto con il quale, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, vengono accettate le dimissioni rassegnate dalla sen. Teresa Bellanova dalla carica di Ministro delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali - il relativo interim è stato assunto dal Presidente del Consiglio dei ministri -, dalla prof. Elena Bonetti dalla carica di Ministro senza portafoglio e dall'on. Ivan Scalfarotto, Sottosegretario di Stato. Il Presidente del Consiglio ha quindi illustrato al Presidente della Repubblica la situazione politica determinatasi a seguito di tali dimissioni ed ha rappresentato la volontà di promuovere in Parlamento l'indispensabile chiarimento politico mediante comunicazioni da rendere dinanzi alle Camere. Il Presidente della Repubblica ha preso atto degli intendimenti così manifestati dal Presidente del Consiglio dei ministri».

⁵ Alla Camera il Governo ottiene 321 voti favorevoli, con 27 astenuti e 259 contrari; al Senato i sì alla risoluzione sono 156, con 16 astenuti e 140 contrari.

⁶ L. MONTICELLI, *Conte ha incontrato Mattarella, “colloquio interlocutorio”*, in [La Stampa](#), 20 gennaio 2021. V. anche M. GUERZONI, *Maggioranza più larga o le urne: Conte sente i leader e va da Mattarella*, in [Corriere della sera](#), 20 gennaio 2021.

⁷ M. BREDI, *Crisi di governo, per il Quirinale rischia di essere un esecutivo molto fragile*, in [Corriere della sera](#), 20 gennaio 2021.

⁸ A. MORLEO, *Il centrodestra al Quirinale, pressing su Mattarella*, in [Il Giorno](#), 21 gennaio 2021. Se Fratelli d'Italia chiedeva lo scioglimento delle Camere dopo le dimissioni di Conte, Forza Italia indicava chiaramente la via di un nuovo governo per fronteggiare l'emergenza, mentre la Lega manteneva un atteggiamento di non radicale opposizione a quest'ultima ipotesi.

⁹ Il Presidente Conte non aveva in effetti mai attribuito la delega ai servizi segreti e questa circostanza era divenuta oggetto di polemica da parte di Italia Viva: v. G. PELOSI, *Delega ai Servizi, Benassi è il nominato di Conte*, in [Il Sole 24 Ore](#), 21 gennaio 2021.

¹⁰ Cfr. G. A. FALCI, A. TROCINO, *Crisi di governo, i venti senatori corteggiati ecco chi sono: i volti e i ruoli*, in [Corriere della sera](#), 16 gennaio 2021. Sul gruppo MAIE-Europeisti, v. S. CURRERI, *Un Parlamento che non sa rispettare le regole che si è dato*, in [laCostituzione.info](#), 28 gennaio 2021. Sul punto si ritorna oltre, nt. 43

Guardasigilli che si preannuncia negativa per l'opposizione di Italia Viva, il Presidente del Consiglio annuncia le proprie dimissioni, formalmente comunicate l'indomani al Consiglio dei ministri e poi al Presidente della Repubblica¹¹.

Il 27 gennaio iniziano le consultazioni al Palazzo del Quirinale, con i colloqui fra il Capo dello Stato e i Presidenti delle Camere.

Due giorni più tardi, esaurito il confronto con i gruppi parlamentari, il Presidente della Repubblica affida un mandato esplorativo al Presidente della Camera Fico affinché verifichi le condizioni per la formazione di un nuovo governo a partire dalla maggioranza che sosteneva il precedente¹².

Il Presidente della Camera compie a partire dal 30 gennaio questa verifica, che assume tratti del tutto peculiari, visto che i partiti creano un tavolo per discutere del programma di governo e degli incarichi ministeriali, in assenza del soggetto individuato per guidare l'ipotetico nuovo Esecutivo¹³, ma senza successo.

Il 2 febbraio il Presidente Fico sale al Colle per comunicare l'impossibilità di ricostruire un rapporto fra Italia Viva e le altre componenti della maggioranza uscente. Lo stesso giorno, constatando il fallimento del mandato esplorativo, il Presidente Mattarella, spiegando le ragioni per cui non reputa opportuno il ritorno alle urne, annuncia una sua iniziativa volta alla creazione di un governo di altro profilo che non si riconosca in nessuna formula politica¹⁴. La sera stessa viene

¹¹ *Comunicato del 27 gennaio 2021*: «Il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha ricevuto questa mattina al Palazzo del Quirinale il Presidente del Consiglio dei ministri Prof. Avv. Giuseppe Conte, il quale ha rassegnato le dimissioni del Governo da lui presieduto. Il Presidente della Repubblica si è riservato di decidere e ha invitato il Governo a rimanere in carica per il disbrigo degli affari correnti. Le consultazioni avranno inizio nel pomeriggio di domani, mercoledì 27 gennaio».

¹² *Comunicato del 29 gennaio 2021*; «Il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha ricevuto questa sera al Palazzo del Quirinale il Presidente della Camera dei deputati, Roberto Fico, e gli ha affidato il compito di verificare la possibilità di una maggioranza politica composta a partire dai gruppi che sostenevano il governo precedente. Il Presidente della Repubblica ha chiesto al Presidente della Camera dei deputati di riferire entro la giornata di martedì [2 febbraio].

¹³ *Crisi di governo, domani Fico apre il tavolo del programma con i capigruppo. Poi il vertice dei leader sui nomi*, in [La Repubblica](#), 31 gennaio 2021.

¹⁴ *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine dell'incontro con il Presidente della Camera Roberto Fico*, 2 febbraio 2021: «Ringrazio il Presidente della Camera dei Deputati per l'espletamento – impegnato, serio e imparziale – del mandato esplorativo che gli avevo affidato. Dalle consultazioni al Quirinale era emersa, come unica possibilità di governo a base politica, quella della maggioranza che sosteneva il Governo precedente. La verifica della sua concreta realizzazione ha dato esito negativo. Vi sono adesso due strade, fra loro alternative. Dare, immediatamente, vita a un nuovo Governo, adeguato a fronteggiare le gravi emergenze presenti: sanitaria, sociale, economica, finanziaria. Ovvero quella di immediate elezioni anticipate. Questa seconda strada va attentamente considerata, perché le elezioni rappresentano un esercizio di democrazia. Di fronte a questa ipotesi, ho il dovere di porre in evidenza alcune circostanze che, oggi, devono far riflettere sulla opportunità di questa soluzione. Ho il dovere di sottolineare, come il lungo periodo di campagna elettorale - e la conseguente riduzione dell'attività di governo – coinciderebbe con un momento cruciale per le sorti dell'Italia. Sotto il profilo sanitario, i prossimi mesi saranno quelli in cui si può sconfiggere il virus oppure rischiare di esserne travolti. Questo richiede un governo nella pienezza delle sue funzioni per adottare i provvedimenti via via necessari e non un governo con attività ridotta al minimo, come è inevitabile in campagna elettorale. Lo stesso vale per lo sviluppo decisivo della campagna di vaccinazione, da condurre in stretto coordinamento tra lo Stato e le Regioni. Sul versante sociale – tra l'altro - a fine marzo verrà meno il blocco dei licenziamenti e questa scadenza richiede decisioni e provvedimenti di tutela sociale adeguati e tempestivi, molto difficili da assumere da parte di un Governo senza pienezza di funzioni, in piena campagna elettorale. Entro il mese di aprile va presentato alla Commissione Europea il piano per l'utilizzo dei grandi fondi europei; ed è fortemente auspicabile che questo avvenga prima di quella data di scadenza, perché quegli indispensabili finanziamenti vengano impegnati presto. E prima si presenta il piano, più tempo si ha per il confronto con la Commissione. Questa ha due mesi di tempo per discutere il piano con il nostro Governo; con un mese ulteriore per il Consiglio Europeo per approvarlo. Occorrerà, quindi, successivamente, provvedere tempestivamente al loro utilizzo per non rischiare di perderli. Un governo ad attività ridotta non sarebbe in grado di farlo. Per qualche aspetto neppure potrebbe. E non possiamo permetterci di mancare questa occasione fondamentale per il nostro futuro. Va ricordato che dal giorno in cui si sciogliono le Camere a quello delle elezioni sono necessari almeno sessanta giorni. Successivamente ne occorrono poco meno di venti per proclamare gli eletti e riunire le nuove Camere. Queste devono, nei giorni successivi, nominare i propri organi di presidenza. Occorre quindi formare il Governo e questo, per operare a pieno ritmo, deve ottenere la fiducia di entrambe le Camere. Deve inoltre organizzare i propri uffici di collaborazione nei vari Ministeri. Dallo scioglimento delle Camere del 2013 sono trascorsi quattro mesi. Nel 2018 sono trascorsi cinque mesi. Si tratterebbe di tenere il nostro Paese con un governo senza pienezza di funzioni per mesi cruciali, decisivi, per la lotta alla pandemia, per utilizzare i finanziamenti europei e per far

annunciata la convocazione per l'indomani dell'ex governatore della Banca d'Italia ed ex Presidente della Banca Centrale Europea Mario Draghi¹⁵, che, secondo alcune indiscrezioni mai formalmente smentite¹⁶, era già stato contattato nei giorni precedenti dal Quirinale.

Il 3 febbraio Mario Draghi accetta con riserva l'incarico ed inizia il giorno seguente le sue consultazioni con le forze parlamentari, nelle quali raccoglie le priorità e le richieste dei partiti. Stando alle dichiarazioni degli interessati, nessuna forza politica avanza nomi per i ministeri, né vengono richiesti dal Presidente del Consiglio che, si dice, li sceglierà in autonomia insieme al Presidente della Repubblica. Dopo un doppio giro di consultazioni e di incontri anche con le parti sociali, il 12 febbraio Mario Draghi scioglie positivamente la riserva. Il 13 febbraio i ministri del Governo Draghi giurano nelle mani del Presidente Mattarella. Il 17 febbraio il Governo ottiene la fiducia della Camera e il 18 anche il Senato conferma il suo sostegno.

3. Il dilemma del “governo minoritario”¹⁷

La prima questione che si pone e che merita una riflessione specifica attiene alla legittimità, giuridico-formale e politico-sostanziale, del “governo minoritario”.

In primo luogo, è necessario chiarire il significato di questa locuzione della quale si discorre da qualche tempo nel nostro ordinamento. Per governo di minoranza si deve intendere quell'Esecutivo che, pur investito dalla fiducia parlamentare, non dispone della maggioranza assoluta all'interno dell'assemblea¹⁸.

Ai nostri fini, va dunque distinto da un altro tipo di esecutivo *lato sensu* minoritario: quello che

fronte ai gravi problemi sociali. Tutte queste preoccupazioni sono ben presenti ai nostri concittadini, che chiedono risposte concrete e rapide ai loro problemi quotidiani. Credo che sia giusto aggiungere un'ulteriore considerazione: ci troviamo nel pieno della pandemia. Il contagio del virus è diffuso e allarmante; e se ne temono nuove ondate nelle sue varianti. Va ricordato che le elezioni non consistono soltanto nel giorno in cui ci si reca a votare ma includono molte e complesse attività precedenti per formare e presentare le candidature. Inoltre la successiva campagna elettorale richiede – inevitabilmente – tanti incontri affollati, assemblee, comizi: nel ritmo frenetico elettorale è pressoché impossibile che si svolgano con i necessari distanziamenti. In altri Paesi in cui si è votato – obbligatoriamente, perché erano scadute le legislature dei Parlamenti o i mandati dei Presidenti – si è verificato un grave aumento dei contagi. Questo fa riflettere, pensando alle tante vittime che purtroppo continuiamo ogni giorno – anche oggi - a registrare. Avverto, pertanto, il dovere di rivolgere un appello a tutte le forze politiche presenti in Parlamento perché conferiscano la fiducia a un Governo di alto profilo, che non debba identificarsi con alcuna formula politica. Conto, quindi, di conferire al più presto un incarico per formare un Governo che faccia fronte con tempestività alle gravi emergenze non rinviabili che ho ricordato».

¹⁵ *Comunicato del 2 febbraio 2021*: «Il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha convocato per domani mattina alle ore 12.00, al Palazzo del Quirinale, il Professor Mario Draghi».

¹⁶ Cfr. I. LOMBARDO, *Quelle telefonate del Colle a Draghi che fanno tremare Pd e Movimento*, in *La Stampa*, 31 gennaio 2021. Queste indiscrezioni hanno trovato un'indiretta conferma nell'annuncio – immediatamente successivo alla comunicazione da parte del Presidente Fico – della convocazione di Mario Draghi per il conferimento dell'incarico.

¹⁷ Il titolo del paragrafo riprende il celebre saggio di G. AMATO, *Il dilemma del principio maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/1994, oggi in ID., *Le istituzioni della democrazia*, Bologna, 2014, 141 ss.

¹⁸ Qui si impone una precisazione: si potrebbe considerare minoritario quel governo che ottiene con maggioranza assoluta la fiducia dalle Camere, ma la sua composizione non rispecchia la totalità di questa maggioranza. Un esempio è rappresentato dal Governo Prodi I, che si reggeva sul voto favorevole di Rifondazione Comunista alla Camera, che però non aveva una “delegazione ministeriale” (c.d. appoggio esterno). Il governo di minoranza vero e proprio, però, è quello che viene investito con maggioranza semplice, grazie all'astensione di una parte politica “non belligerante”. Da un certo punto di vista, i problemi sono i medesimi nel momento genetico del governo e nel coordinamento parlamentare rispetto alle singole scelte di indirizzo politico. Le due situazioni però divergono allorché la seconda ipotesi prenda luogo in corso di legislatura e dunque si realizzi un governo minoritario sopravvenuto, come si dirà nel testo, ma anche ove occorra attribuire posti specifici (si pensi alle presidenze di organi parlamentari di garanzia) ad esponenti dell'opposizione. Nel primo caso è indubbio che l'appoggio esterno non sia opposizione, nel secondo la questione è molto più sfumata e richiederebbe un'attenta valutazione da parte degli organi parlamentari.

nella Terza Repubblica francese¹⁹, con formula ripresa poi dalla dottrina italiana²⁰, veniva ribattezzato *gouvernement de combat*, ovvero il governo presidenziale nominato dal Capo dello Stato con il precipuo scopo di sciogliere le Camere ed indire nuove elezioni, pur contro la volontà della maggioranza parlamentare.

Il governo di minoranza di cui si vuole discutere, allora, è un governo che non dispone del sostegno di una maggioranza assoluta nelle Camere, ma che comunque diviene titolare del rapporto di fiducia e, conseguentemente, portatore di un proprio indirizzo politico da condividere ed elaborare in raccordo con il Parlamento²¹. Si potrebbe parlare, in questi casi, di “governo di maggioranza relativa”:

¹⁹ Il riferimento è al terzo Governo De Broglie, nominato dal Presidente Mac Mahon il 16 maggio 1877, a seguito delle dimissioni del governo presieduto da Jules Simon. La maggioranza repubblicana che sosteneva il Governo Simon, rigettò la nomina di un governo monarchico, con la conseguente precipitazione della crisi verso lo scioglimento della Camera dei Deputati ad opera di Mac Mahon (anch'egli monarchico). L'interpretazione dualistica della costituzione (*rectius*: delle leggi costituzionali del 1875) della III Repubblica venne sconfessata dalle urne, che riconsegnarono una maggioranza di sinistra e repubblicana. Dopo un ulteriore tentativo di resistenza da parte di Mac Mahon con la nomina di un governo esterno alla maggioranza parlamentare (Governo de Rochebouët), immediatamente sfiduciato dalla Camera dei deputati, il presidente scelse infine di sottomettersi alla volontà parlamentare (divenne celebre la frase di Léon Gambetta pronunciata a Lille nell'agosto 1877 all'indirizzo del Capo dello Stato: “*il faudra se soumettre ou se démettre*”), nominando un governo di centrosinistra (Governo Dufaure). Sul tema v. M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de France*, Paris, 16ma edizione, 2020, 327 ss., nonché J.J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Parigi, 2009, 310 ss. Di “*gouvernements de combat*” si discusse anche nella Repubblica di Weimar, rispetto ai governi nominati dal Presidente con chiara vocazione minoritaria (*Präsidiakabinette*), come i Governi Papen e Schleicher, nominati entrambi nel 1932 dal Presidente von Hindenburg, preceduti dal “Governo di affari” di Wilhelm Kuno nel 1922: cfr. C. GUSY, *La dissolution de la Constitution de Weimar*, in G. KREBS, G. SCHNEILIN (cur.), *Weimar ou de la démocratie en Allemagne*, Paris, 2018, 223 ss. Su questi governi minoritari v. H. HERRFAHRDT, *Die Kabinettsbildung nach der WRV unter dem Einfluß der politischen Praxis*, 1927, 58.

²⁰ Il tema si è posto in Italia con la nomina dei governi Andreotti I, Andreotti V, Fanfani VI, che non ottennero scientemente la fiducia, aprendo così allo scioglimento anticipato delle Camere. Tuttavia, almeno nei primi due casi pare vi fosse un sostanziale accordo delle forze politiche all'indizione di nuove elezioni, non realizzandosi così uno scioglimento anti-parlamentare: cfr. le memorie di G. ANDREOTTI, *Governare con la crisi*, Milano, 1991, *passim*. Non così in occasione dell'ultimo governo nominato al fine di provocare lo scioglimento (Governo Fanfani VI, 1987), quando vi furono molte prese di posizione assai critiche nei confronti del Presidente Cossiga, fra le quali spicca quella del Presidente del Consiglio allora uscente, Bettino Craxi, che ricordava come il compito del Capo dello Stato fosse «conferire incarichi per formare governi che governino, non governi che si propongono di provocare lo scioglimento del Parlamento. Un governo che si proponga di presentarsi al Parlamento non per ottenere la fiducia viola lo spirito e la lettera della Costituzione» (cfr. E. BALBONI, *Conflitti politici e nodi istituzionali nella crisi*, in E. BALBONI, F. D'ADDABBO, A. D'ANDREA, G. GUIGLIA, *La difficile alternanza*, Milano, 1988, 225). Parzialmente diverso è invece apparso il mandato dato dal Presidente Mattarella a Carlo Cottarelli nel maggio 2018, poiché in quei giorni sembrava che un ipotetico Governo Cottarelli avrebbe di fatto gestito le elezioni, pur in presenza di una maggioranza parlamentare pronta a governare, ma che si era vista rifiutare il ministro dell'Economia (si tratta del noto “caso Savona”): sul punto v. G. CAVAGGION, *La formazione del Governo. Aspetti e problemi tra quadro costituzionale e nuove prassi*, Torino, 2020, 130. Sulla possibilità che il Presidente della Repubblica possa nominare dei *gouvernements de combat* gran parte della dottrina ha espresso perplessità: v., tra gli altri, A. BALDASSARRE, *La nascita del governo elettorale di Andreotti: il ruolo del Quirinale*, in *Democrazia e diritto*, 1979, 308 ss.; F. BASSANINI, *Lo scioglimento delle Camere e la formazione del Governo Andreotti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, 928; P.A. CAPOTOSTI, *Presidente della Repubblica e formazione del governo*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1980, 57; P. COSTANZO, *Lo scioglimento anticipato delle assemblee parlamentari*, II, Milano, 1988, 253 ss.; M. GALIZIA, *Crisi di gabinetto*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, 389; ID., *Studi sui rapporti fra Parlamento e Governo*, I, Giuffrè, 1972, 266; M.L. MAZZONI HONORATI, *Aspetti giuridici e prassi costituzionale dello scioglimento delle Camere nell'ordinamento repubblicano Italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1978, 1319. Più possibilista appare L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. Diritto*, XXVI, Milano, 1986, 207. Per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. A. RUGGERI, *Le crisi di governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica*, Milano, 1990, 171, nt. 140.

²¹ Qui torna il problema (v. nt. 18) di come identificare il governo minoritario e se farlo in relazione alla corrispondenza fra assetto della maggioranza e composizione del governo. Il Governo Prodi I godeva in origine del sostegno del Partito della Rifondazione comunista (che aveva concluso con la coalizione di centrosinistra anche accordi di desistenza elettorale in alcuni collegi uninominali), senza che il partito avesse voluto entrare nel governo. Questa situazione è stata criticata dalla dottrina, poiché il partito non si assumeva una diretta responsabilità di governo, pur non rinunciando a sostenere l'Esecutivo dopo aver contribuito alla sua formazione: cfr. A. D'ANDREA, *Osservazioni conclusive*, in *Verso l'incerto bipolarismo*, a cura di A. D'Andrea, Milano, 1999, 600 ss. Anche il Governo Gentiloni era in questo senso minoritario, poiché al Senato si reggeva sul gruppo Ala-Scelta Civica non rappresentato nella compagine ministeriale. Parallelamente,

eppure, anche sul piano comparato, possono darsi esempi in cui il governo di minoranza non coincideva con il governo del partito di maggioranza relativa²², grazie alle peculiarità degli ordinamenti costituzionali considerati o di relative contingenze storiche²³.

I governi minoritari sono un fenomeno assai diffuso nel panorama del diritto comparato. In alcuni ordinamenti, sono una vera e propria “tradizione costituzionale” che costituisce la regola – *rectius*: la *regolarità* – nella formazione degli Esecutivi, allorché un governo sostenuto da una maggioranza assoluta rappresenta invece un’eccezione²⁴.

Vari testi costituzionali prefigurano poi l’ipotesi del “fatto minoritario”²⁵ come opzione distinta rispetto alla regola preferenziale di un’investitura governativa a maggioranza assoluta²⁶. In alcuni

anche l’ipotesi della “non sfiducia” (realizzatasi in particolare con la benevola astensione del Partito Comunista Italiano nei confronti del Governo Andreotti III fra il 1976 e il 1978) ha incontrato non poche critiche nella dottrina: cfr., per tutti, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1997, 367 ss. Di diverso avviso A. BALDASSARRE, *Le prospettive istituzionali per un’originale democrazia del popolo*, in *Democrazia e Diritto*, 1976, 475 ss.

²² Tre esempi sorreggono questa affermazione: il primo è quello del XX Governo costituzionale portoghese, nominato nel 2015 dal Presidente della Repubblica Anibal Cavaco Silva, ai sensi dell’art. 187 della Costituzione portoghese, e guidato dal Primo Ministro Pedro Passos Coelho, leader della coalizione di centrodestra che aveva ottenuto la maggioranza relativa. Il governo però non ottenne la fiducia, aprendo così la strada ad un governo del Partito socialista (arrivato secondo), capeggiato da António Costa e sostenuto esternamente da altre forze di sinistra. Il secondo lo rinveniamo in Spagna, nel Governo Sanchez I, insediatosi nel giugno 2018 grazie all’approvazione di una mozione di sfiducia costruttiva contro il Governo Rajoy II, espressione della forza di maggioranza relativa (il Partito Popolare) e a sua volta insediatosi come governo di minoranza nel novembre 2016. Anche il primo Governo Sanchez era un governo minoritario composto da ministri del solo Partito socialista, seconda forza all’interno del Congresso dei deputati di Madrid. Ancora, nel 2020 in Belgio il Governo in affari correnti guidato da Sophie Wilmès è stato riconfermato da un voto di fiducia parlamentare per far fronte all’emergenza pandemica, sebbene i suoi membri rappresentassero una coalizione minoritaria di tre partiti (il Movimento riformatore francofono, i Cristiano-democratici fiamminghi e i liberali fiamminghi), nessuno dei quali forza di maggioranza relativa nel Parlamento uscito dalle elezioni federali del 26 maggio 2019 e comunque non sufficienti per creare una maggioranza esclusiva fra di loro. A parte va menzionato il curioso caso dell’Irlanda, dove nelle elezioni del febbraio 2020 il primo ed il secondo partito in termini di consensi (rispettivamente, il *Sinn Féin* e il *Fianna Fáil*) hanno ottenuto un pari numero di seggi (pari a 37, escluso il seggio dello “Speaker” - in gaelico *Ceann Comhairle* – della Camera bassa, appartenente al *Fianna Fáil*, ma riletto automaticamente). Dei due è stato il secondo, il *Fianna Fáil*, a formare una coalizione con il terzo arrivato (*Fine Gael*) riproducendo la coalizione di governo uscente, ma a parti invertite. Da ultimo, anche in Israele, a seguito delle elezioni del marzo 2021, si fa strada l’ipotesi di un governo guidato da un esponente non del partito di maggioranza relativa (il *Likud* del Premier uscente Netanyahu), proprio allo scopo di escludere questo partito e il suo leader dal governo del Paese. Tale soluzione, peraltro, imporrebbe la formazione di un governo di minoranza sostenuto esternamente dai partiti rappresentanti l’etnia arabo-musulmana del Paese.

²³ Nel caso del Portogallo, la Costituzione adotta un modello di “parlamentarismo negativo” che non impone un voto di fiducia iniziale, lasciando così un maggiore margine di manovra al Capo dello Stato. Nel 2015, però, l’interpretazione data dal Presidente Cavaco Silva è risultata in opposizione alla volontà popolare tradottasi in una maggioranza di sinistra all’interno dell’Assemblea. In Spagna, l’ascesa di Sanchez è stata indubbiamente favorita dall’utilizzo della mozione di sfiducia costruttiva, dopo che un pesante caso giudiziario di corruzione aveva travolto i vertici del Partito popolare. Nel caso belga, si è trattata di una soluzione temporanea per far fronte all’emergenza nazionale (ed infatti il Primo Ministro, nel discorso di investitura dinanzi alla Camera dei rappresentanti, aveva annunciato, alla scadenza di un semestre, il suo ritorno nell’Aula per riconsegnare i poteri speciali ottenuti per lottare contro il Covid e consentire la formazione di un nuovo governo della legislatura).

²⁴ È il caso dei Paesi scandinavi (Danimarca, Svezia, Norvegia): cfr. E.R. BJØRN, *Why Minority Governments? Executive-Legislative Relations in the Nordic Countries* in, *Parliamentary Government in the Nordic Countries at a Crossroads*, a cura di T. Persson, M. Wilberg, Stoccolma, 2013. Nei sistemi parlamentari che si rifanno al c.d. Modello Westminster, è in particolare il Canada che ha sperimentato vari casi di governi di minoranza, fra i quali l’attuale Governo Trudeau (29mo Governo canadese). In tema, v. P. RUSSELL, *Two Cheers for Minority Government: The Evolution of Canadian Parliamentary Democracy*, Toronto, 2008.

²⁵ L’espressione è plasmata su quella opposta “fatto maggioritario”, utilizzata in particolare dalla dottrina francese (“*fait majoritaire*”) per indicare la formazione di una maggioranza all’Assemblea nazionale dello stesso segno politico del Presidente della Repubblica: cfr. J. BENETTI, *L’impact du fait majoritaire sur la nature du régime*, in *Petites affiches*, n. 138/2008, 19 ss. Nella dottrina italiana v., ad esempio, A. MANZELLA, *I rischi dell’assolutismo maggioritario*, in *Italianeuropei*, n. 2/2002, nonché ID., *Il Parlamento*, Bologna, 2004, 14.

²⁶ L’art. 99, comma 3, della Costituzione spagnola prevede un primo tentativo di investitura del Presidente del Governo con un voto a maggioranza assoluta, seguito quarantotto ore dopo da una nuova votazione a maggioranza semplice in caso di esito negativo. L’art. 63 della *Grundgesetz* prevede due tentativi a maggioranza assoluta (uno su proposta del

casi, il mancato raggiungimento della maggioranza assoluta riapre margini di discrezionalità in capo ai titolari del potere di nomina governativa²⁷.

Quanto alla Costituzione italiana, è noto che l'art. 94 non faccia alcun riferimento ad una maggioranza qualificata per l'approvazione della fiducia, combinandosi quindi con la regola generale di cui all'art. 64, comma terzo Cost. Ciò costituisce una precisa indicazione dei redattori del 1948, che scelsero di abbandonare la regola della maggioranza assoluta, pur prevista nel periodo transitorio in caso di sfiducia al Governo²⁸. Questo pacifico ed incontrovertibile dato costituzionale ha sempre indotto la dottrina a concentrarsi più sulla distinzione fra governi fiduciati e governi dimissionari o in attesa di fiducia²⁹, che non – all'interno del primo gruppo – fra governi di minoranza e governi maggioritari³⁰, anche quando nel nostro ordinamento si sono realizzati casi di questo tipo³¹.

La problematica costituzionale messa in rilievo concerneva semmai il computo degli astenuti nei due rami del Parlamento, oggetto di un disallineamento fra le normative regolamentari di Camera e Senato, che in passato ha posto qualche problema di “sicurezza numerica” specialmente in quest'ultima assemblea³². Solo nel 2017 il Senato ha riformato il suo regolamento e, fra le varie modifiche, ha scelto di allineare le sue regole relative al computo degli astenuti con quelle della

Presidente federale, il secondo a votazione “libera” del *Bundestag*) prima di autorizzare l'elezione a maggioranza semplice (comma 4).

²⁷ Sempre in Germania (art. 63, comma 4, GG) il Presidente federale, di fronte all'elezione del Cancelliere a maggioranza semplice, acquista la facoltà discrezionale di nominarlo o di indire nuove elezioni, con atto esente da controfirma (art. 58 GG).

²⁸ L'art. 3 del d.lgs.lgt. 16 marzo 1946 n. 98 prevedeva la possibilità di sfiduciare il governo con apposita mozione di sfiducia approvata dalla maggioranza assoluta dell'Assemblea costituente. Il dato della maggioranza assoluta farà dunque ritorno nei lavori preparatori della Costituzione anche per l'investitura del Governo (art. 87 del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione per la Costituzione), per poi essere infine abbandonato (v. la seduta plenaria del 24 ottobre 1947).

²⁹ V., ad esempio, M. L. MAZZONI HONORATI, *Note sul “Governo privo di fiducia” nell'ordinamento italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.1/1980, 166 ss.; M. VILLONE, *Art. 94*, in G. PITRUZZELLA, M. VILLONE, P. CIARLO, L. CARLASSARE, *Il Consiglio dei Ministri*, Bologna-Roma, 286 ss.

³⁰ Così F. MOHRHOFF, *Rapporti fra parlamento e governo nella Costituzione italiana: scioglimento delle Camere e questione di fiducia*, Milano 1953, pag. 22: «nessuna norma positiva della Costituzione italiana esclude la formazione di governi minoritari, di governi cioè che non siano tratti dalla maggioranza parlamentare. Il Presidente della Repubblica può quindi nominare un governo minoritario, il quale ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 94, entro dieci giorni dalla sua formazione, di presentarsi dinanzi alle Camere per ottenere il voto di fiducia». D'altra parte, nei commenti all'art. 94 Cost. non è riservato un espresso approfondimento al governo approvato con maggioranza semplice dalle Camere.

³¹ Sul “governo della non sfiducia” (Governo Andreotti III), v. le critiche di T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., 367, « l'esperienza repubblicana è ricca di Governi senza maggioranza preconstituita e basti qui ricordare – fra i più singolari – il terzo Governo Andreotti (1976) che si è retto, inizialmente, non sul consenso ma sulle astensioni della maggioranza dei parlamentari e, in un momento successivo, su una “maggioranza di programma” cui non corrispondeva alcuna “maggioranza di governo”. Situazione questa, davvero singolare, la cui correttezza costituzionale è, quanto meno, dubbia e che può trovare la sua giustificazione soltanto nello “stato di necessità” che l'ha originata; e della quale ci occupiamo per le implicazioni di ordine generale che se ne possono trarre. Se è vero, infatti, che la Costituzione non prescrive un rigido sistema maggioritario, che vede maggioranza ed opposizione collocate in due aree nettamente separate e contrapposte, e che un Governo senza maggioranza preconstituita è pur sempre un Governo votato dalla maggioranza legale; se è vero, altresì, che la tesi secondo la quale il rapporto di fiducia deve intercorrere tra il Governo ed una “sua” maggioranza in Parlamento appare, almeno in parte, superata, soprattutto sul piano sostanziale, non è men vero, tuttavia, che una coalizione parlamentare formata da forze politiche dichiaratamente non omogenee che raggiungono un “accordo” su un programma da imporre al Governo, è un fatto del tutto nuovo, anomalo, frutto di sottili alchimie, e che, per quanti sforzi si faccia, non si riesce a contenere nello schema, pur elastico e fumoso, della forma di governo parlamentare». Già M. GALIZIA, *Fiducia parlamentare*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, 414 affermava che l'astensione costituiva «un istituto che, quantunque ammesso dalla Costituzione italiana, non può però non essere guardato con sospetto in ordine alle votazioni di fiducia, dati i caratteri di queste».

³² Come è noto, prima della revisione del 2017, l'art. 107 r.S. prevedeva che gli astenuti venissero computati ai fini della maggioranza legale e della maggioranza deliberativa, nei fatti equiparando l'astensione ad un voto contrario. Di conseguenza, il partito che avesse voluto astenersi in maniera benevola nei confronti del Governo avrebbe dovuto organizzare i suoi membri, fra astenuti e non partecipanti al voto, in modo tale da non incidere sul quorum di validità della seduta. Così fece il PCI nel 1976, in occasione del voto fiduciario verso il Governo Andreotti III: v. G. ANDREOTTI, *Governare con la crisi*, cit., 228 ss. Cfr. anche D. PORENA, *Il Governo della “non sfiducia”: le elezioni del 1976 e la formazione del Governo Andreotti III*, in *Federalismi.it*, n. 14/2013.

Camera, rendendo nei fatti più facile l'investitura di un governo minoritario, probabilmente non malvisto dal revisore parlamentare³³.

Qui occorre in effetti soffermarsi sulla peculiarità italiana che, a prima vista, potrebbe rendere assai meno fruttuoso il paragone con altri ordinamenti: il bicameralismo paritario e perfetto.

In Assemblea costituente, l'eliminazione della maggioranza assoluta era stata pensata proprio in relazione alla natura bicamerale del rapporto di fiducia, per agevolare la nascita dei governi³⁴.

Calata però nel sistema politico italiano³⁵ e nella "situazione coalizionale"³⁶, la necessità che la fiducia permanga intatta in entrambi i rami del Parlamento diventa in realtà un elemento che rende meno probabile la genesi di un governo minoritario post-elettorale: nel momento in cui occorre stringere un accordo di governo e dare forma ad una coalizione, è logico – quasi automatico – che si esplorino quelle combinazioni fra gruppi parlamentari che conferiscono la maggioranza assoluta in entrambe le Camere, poiché l' "accordo di minoranza" (che nei Paesi anglosassoni viene definito *confidence and supply agreement*: accordo di fiducia e provvista) in una Camera potrebbe rivelarsi insufficiente nella seconda, date anche le discrasie elettorali legate alla composizione delle due assemblee³⁷.

³³ Sul punto v. A. CARBONI, M. MAGALOTTI, *Prime osservazioni sulla riforma organica del Regolamento del Senato*, in *Federalismi.it*, n. 1/2018, 5; M. PODETTA, *La proposta di riforma regolamentare all'esame del Senato. Gli inadeguati colpi di acceleratore di fine legislatura*, in *Nomos*, n. 3/2017, 21; P. VIPIANA, *La modifica dell'art. 107, comma 1, del regolamento del Senato riguardo al computo della maggioranza semplice*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 aprile 2018.

³⁴ Si v. l'intervento dell'On. ARATA nella seduta plenaria antimeridiana del 24 ottobre 1947: «Per quello che riguarda la maggioranza qualificata, il problema è certamente più serio. Con l'articolo 61 noi abbiamo votato la norma di principio secondo cui le deliberazioni dell'Assemblea, per essere valide, debbono essere votate a maggioranza dei presenti, e con la presenza della maggioranza dei componenti il corpo votante. Questo in linea di massima. Abbiamo però votato anche delle eccezioni, e cioè che la Costituzione indicherà i casi in cui viene richiesta una maggioranza qualificata. Ora è evidente che, perché sia richiesta questa maggioranza qualificata, debba trattarsi di una votazione che abbia un oggetto di speciale gravità e comportante effetti giuridici o politici di speciale rilievo. È quindi da vedere se la votazione sulla mozione di fiducia ad un Governo che si presenta per la prima volta alla Camera, abbia questo carattere. Indubbiamente, a prima vista, questo carattere di speciale importanza balza agli occhi. Scopo, infatti, del progetto, nel richiedere una maggioranza qualificata, è che il Governo parta con un numero minimo di suffragi tale da garantire che il percorso sia il più sicuro, il più lungo, il più saldo che si possibile. Ma a me sorge questo dubbio, e cioè che noi, nella preoccupazione che il Governo possa avviarsi verso un cammino il più lungo ed il più sicuro possibile, si finisca addirittura col non farlo partire affatto. Mi sorge cioè il dubbio che, trattandosi di un nuovo Governo, il rimedio sia troppo energico e possa produrre degli effetti peggiori del male che si vuole combattere. Si vuole, infatti, che il Governo possa intraprendere la sua opera con un particolare numero di suffragi, e cioè superiore alla maggioranza semplice. Ebbene, che faremo il giorno in cui l'Assemblea, per la sua composizione politica, o per il numero degli assenti o per quello degli astenuti (sempre possibili di fronte ad un Governo per il quale c'è soltanto l'attesa), che faremo, dunque, se, per tutte queste cause, l'Assemblea non potrà dare quella votazione e cioè non potrà esprimere dal proprio seno quella tale superiore maggioranza? [...] È mia convinzione che il progetto, nel chiedere che la mozione di fiducia debba essere motivata e che debba ottenere la maggioranza assoluta dei componenti la Camera, abbia tenuto presente che la votazione avvenga innanzi ad un'unica Assemblea: l'Assemblea Nazionale. Ora, una volta eliminata l'Assemblea Nazionale e una volta ammesso che la votazione avviene in due Camere distinte, a me sembra che una maggioranza semplice, cioè non qualificata — ottenuta dal Governo nelle due Camere — equivalga (come valore sintomatico, informativo, politico) alla maggioranza qualificata ottenuta in una sola Camera».

³⁵ A. D'ANDREA, *La razionalizzazione della forma di governo italiana: ordinamenti stranieri e prospettive di comparazione*, in *Democrazia e forme di governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale*, a cura di S. Gambino, Rimini, 1997, 340: «la mancata previsione costituzionale di una maggioranza di consensi [...] se rende, per un verso, più facile la costituzione di un Governo in un sistema politico come quello italiano abbastanza frammentato, per un altro verso, testimonia "la precarietà istituzionale" di un organo che si regge sul quotidiano confronto con le assemblee legislative, nelle quali, come è detto, la maggioranza parlamentare ed i singoli gruppi che la compongono tendono a riservarsi una certa quota di autonomia e di elaborazione di strategie politiche proprie».

³⁶ M. CARDUCCI, *Art. 94*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 1817 ss. G. PITRUZZELLA, *Artt. 92-93*, in G. PITRUZZELLA, M. VILLONE, P. CIARLO, L. CARLASSARE, *Il Consiglio dei Ministri*, cit., 27 parla della coalizione di governo come una «necessità istituzionale», riprendendo G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, Milano, 1973, 121

³⁷ Anche con il beneficio della revisione regolamentare del Senato, si rende comunque necessario calcolare le combinazioni politiche che consegnino il medesimo risultato favorevole nelle votazioni fiduciarie sia alla Camera che al Senato. Come osserva G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, cit., 76-77, le ipotesi combinatorie possono essere «tante

Se questo è vero e in ipotesi può legittimare forti prese di posizione da parte dei Presidenti della Repubblica nel corso delle crisi di governo – pensiamo a quanto avvenuto nel 2013³⁸ e poi nel 2018³⁹ – diverso è il discorso ove si consideri un *governo minoritario sopravvenuto*. Con ciò si vuol fare riferimento al caso in cui un Esecutivo perda “pezzi” della maggioranza a suo sostegno, arrivando a non disporre più della maggioranza assoluta in entrambe le Camere, ma risulti ancora, alla prova del voto parlamentare, titolare del rapporto fiduciario⁴⁰.

È questo quanto si è verificato nel 2021 con il Governo Conte II, ma che conta un non lontano precedente dieci anni prima, ovvero nel caso del Governo Berlusconi IV nel dicembre 2010⁴¹.

In quell’occasione, il governo dell’epoca aveva ottenuto la fiducia alla Camera con 314 voti favorevoli (due al di sotto della maggioranza assoluta), peraltro grazie al discusso transito di un piccolo drappello di parlamentari dalle forze di opposizione alla maggioranza⁴². Nel periodo successivo a quel voto, venne costituito il gruppo parlamentare “Iniziativa responsabile”, formalizzato più tardi, nel gennaio 2011, per puntellare il sostegno al Ministero Berlusconi, a cui in

quante... le coalizioni numericamente idonee a raggiungere la maggioranza dei voti in ciascuna delle due Camere. Sarebbero però deduzioni astratte, prive di qualunque possibilità di trasferirsi sul piano delle concrete possibilità di realizzarsi» (77). Ed infatti tali ipotesi combinatorie devono «[determinarsi] sulla base delle compatibilità condizionate e delle incompatibilità relative tra gli interessi sociali specifici o principali rappresentati e tra le caratterizzazioni programmatiche e politiche che perciò qualificano ciascun partito come potenziale elemento di combinazioni definibili e prevedibili» (78).

³⁸ Dopo le elezioni del 2013, il Presidente Napolitano affidò a Pierluigi Bersani, segretario della forza di maggioranza relativa, un “pre-incarico”, anche allo scopo di verificare la possibilità di un governo di minoranza del PD sostenuto esternamente dal M5S. In realtà, all’esito di consultazioni non risolutive da parte di Bersani, il Presidente Napolitano indicò chiaramente la strada del governo di larghe intese sostenuto da una solida maggioranza parlamentare, divenuta concreta con la sua rielezione al Quirinale il 20 aprile 2013. Per la cronaca degli avvenimenti v. M. FRAU, *Cronaca di tre giri di consultazioni al crepuscolo della prima Presidenza Napolitano*, in [Osservatorio costituzionale](#), luglio 2013. Sull’ipotesi del governo di minoranza in quel frangente v. R. D’ALIMONTE, *La fiducia ostacola il governo di minoranza*, in [Il Sole 24 ore](#), 26 marzo 2013.

³⁹ Dopo le elezioni del 2018, nel corso dei colloqui per la formazione del governo, il Presidente Mattarella espose espressamente la formazione di un governo minoritario formato a partire dalla coalizione di centrodestra: cfr. *Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine delle consultazioni del 7 maggio 2018 per la formazione del nuovo governo*: «Sin dall’inizio delle consultazioni ho escluso che si potesse dar vita a un governo politico di minoranza. Vi era stata, questa mattina, una richiesta in tal senso che sembra sia già venuta meno. Un governo di minoranza condurrebbe alle elezioni e ritengo, in queste condizioni, che sia più rispettoso della logica democratica che a portare alle elezioni sia un governo non di parte». Per una ricostruzione degli avvenimenti, si v., volendo, A. LAURO, *La declinazione del sistema parlamentare italiano nella XVIII legislatura*, Bari, 2020, 31 ss. (il discorso è riportato a pag. 38, nota 22).

⁴⁰ Ci si pone nel caso in cui un governo intenda restare in carica; è chiaro che, di fronte ad una rottura della coalizione, il Presidente del Consiglio potrebbe anche adottare scelte diverse e rassegnare immediatamente le dimissioni, salvo un passaggio parlamentare di spiegazione, che a mio avviso resta imprescindibile se si vuole preservare il principio di responsabilità politica dinanzi alle Camere e, conseguentemente, dinanzi agli elettori. Anche nel diritto comparato si danno casi di “governi di minoranza sopravvenuti”: in particolare, nei Paesi di tradizione westminsteriana con sistemi elettorali maggioritari, ciò può avvenire a seguito di elezioni suppletive (c.d. *by-elections*) o di abbandoni da parte di deputati. Nel Regno Unito il primo Governo Johnson (che, pur in minoranza, governava con l’accordo di *confidence and supply* concluso col partito unionista nordirlandese, il *DUP*) perse la “maggioranza operativa” (*working majority*) il 3 settembre, a seguito di alcune sconfitte subite dai Conservatori in alcune *by-elections* e con la fuoriuscita, verso i Liberaldemocratici, di un deputato. Lo stesso accadde in Australia nell’ottobre 2018, quando i partiti della coalizione del primo Governo Morrison (che godeva di una maggioranza risicatissima di un solo seggio) persero un’elezione suppletiva.

⁴¹ V. M. FRAU, *Le ripetute fasi del rimpasto politico del IV Governo Berlusconi nel corso della XVI legislatura*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2011.

⁴² Anche nel caso del Governo Conte II si sono registrati due voti di senatori appartenenti ad un partito dell’opposizione (Causin e Rossi di Forza Italia) che hanno votato a favore del Governo, mentre vari fuoriusciti del M5S si sono opposti. La differenza con il Governo Berlusconi IV risiede nel fatto che i tre voti di deputati fuoriusciti da Italia dei Valori (Calero, Cesario, Scilipoti) si rivelarono determinanti per l’approvazione della fiducia, cosa che invece non si è verificata nel 2021. Sul tema v. le considerazioni critiche di L. D’ANDREA, *Maggioranza numerica vs maggioranza politica*, in [ConsultaOnline](#), 2 febbraio 2021, V: «La più o meno spasmodica ricerca del consenso di singoli parlamentari non soltanto appare più che discutibile sotto il profilo dell’etica pubblica (se non dell’etica *tout court...*), ma soprattutto non è conducente al risultato di assicurare –almeno potenzialmente... – un governo stabile ed in grado di affrontare i formidabili problemi che affliggono il nostro Paese».

seguito aderì un sufficiente numero di deputati per riconsegnare la maggioranza assoluta alla coalizione governativa⁴³.

Il governo di minoranza, dal punto di vista costituzionale, deve comunque considerarsi una soluzione pienamente legittima: sino a che il Parlamento non trova la “forza” di sfiduciare l’Esecutivo in carica⁴⁴ – rischiando dunque che si avvicini il termine anticipato della legislatura – questo deve poter continuare ad operare. Di conseguenza, le eventuali dimissioni legate a questa stessa circostanza dovrebbero essere respinte dal Presidente della Repubblica, il quale – da garante del testo costituzionale, non della stabilità o della “forza” numerica di un Governo già in carica e ancora detentore della fiducia⁴⁵ – sarà tenuto a mostrare la dovuta deferenza nei confronti della volontà parlamentare sino a quel momento espressa⁴⁶. E ciò, *a fortiori*, nell’immediatezza della conferma fiduciaria⁴⁷.

Se questo vale dal punto di vista della legittimazione formale e giuridica del Governo minoritario, il discorso si complica sul versante della sostanza dell’indirizzo politico, ma non a tal punto da contraddire il dato giuridico-formale. È probabile che un Governo di minoranza sia tenuto a contrattare, quasi quotidianamente, la realizzazione del suo indirizzo all’interno delle Camere⁴⁸. Di conseguenza, venendo meno quella presa governativa sulle assemblee, l’approvazione di atti legislativi qualificanti l’operato del Governo sarà più lenta e, forse, obbligatoriamente persino più ragionata. Il che, a ben vedere, non è affatto un male: l’esistenza di una maggioranza assoluta non è

⁴³ Anche nel caso del Governo Conte II, il 25 febbraio 2021 fu ufficializzato al Senato un gruppo di sostegno al Governo (Europeisti-MAIE), con lo scopo di raccogliere altre adesioni alla maggioranza parlamentare, nonché di riequilibrare la presenza dei gruppi di supporto al governo nelle commissioni che, con l’uscita di Italia Viva dalla maggioranza, si trovavano in molti casi in mano alle opposizioni. Il gruppo nasceva grazie al conferimento del simbolo da parte del MAIE, già componente del Gruppo Misto, e si è poi sciolto il 29 marzo 2021, a seguito della fuoriuscita di vari componenti ed essendo venuto meno il senso della sua istituzione con la formazione del Governo Draghi. Alla Camera si formò una componente del Gruppo Misto attorno al simbolo del Centro Democratico di Bruno Tabacci, anche questa poi ridimensionata con la nascita del nuovo Governo. Sul tema delle componenti dei gruppi misti nella XVIII legislatura: v. G. MAESTRI, *Patologie nella genesi delle componenti politiche interne al gruppo misto (e dei gruppi): riflessioni dopo la riduzione dei parlamentari*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, 47 ss.

⁴⁴ Anche nel caso del Governo Conte II è il caso di rilevare che l’astensione di Italia Viva era funzionale al mantenimento della compattezza degli stessi gruppi, dove probabilmente una maggioranza di parlamentari non avrebbe accettato di votare la sfiducia: cfr. G. CASADIO, *Crisi di governo, disagio fra i parlamentari di Italia viva sulle mosse di Renzi. Ma per ora lo smottamento non c’è*, in *La Repubblica*, 18 gennaio 2021.

⁴⁵ Si rivelano dunque del tutto impropri (e capziosi) gli appelli al Presidente della Repubblica affinché intervenisse su un Governo ancora titolare del rapporto fiduciario: v. L. FERRAJOLI, *Democrazia parlamentare e Costituzione*, in *Il Manifesto*, 26 gennaio 2021.

⁴⁶ Rispetto a tale espressione di volontà, che secondo la lettera dell’art. 94 Cost deve avvenire con voto palese, A. RUGGERI, *Il lascito della “pseudocrisi” di governo del Conte-bis*, in *ConsultaOnline*, 20 gennaio 2020, IV-V, osserva che vi è «una intrinseca, irriducibile contraddizione tra la previsione del voto palese e quella della maggioranza semplice: l’una si riporta all’obiettivo appena indicato della precostituzione di uno schieramento di forze politiche ben strutturate che sostengano il Governo; l’altra, invece, spinge nella direzione opposta, agevolando l’artificiosa tenuta in vita di un Governo ormai senz’anima né corpo, privo cioè di una sua cifra identificante complessiva. Sia chiaro: la contraddizione in parola potrà non ritenersi tale in punto di astratto diritto, in via di principio, ma lo è in talune congiunture, in ispecie lo è alla luce del contesto in cui oggi ci troviamo». Pare di poter affermare che, nel caso del secondo Governo Conte, la previsione del voto palese ha illuminato proprio l’incapacità parlamentare di sfiduciare il Governo, confermando così che è possibile e legittima la continuazione dell’attività di governo in presenza di una maggioranza semplice.

⁴⁷ Altro conto sarebbe quando, dopo un certo lasso di tempo, il Governo scegliesse di dimettersi per l’impossibilità di portare avanti iniziative qualificanti la sua azione politica. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, 3ed., Padova, 1998, 402: «non solo il Parlamento, ma anche il Governo dispone ad arbitrio del rapporto fiduciario; e può quindi decidere fino a quale momento ed in quali condizioni sia possibile la sua permanenza in carica». Si v. anche M. GALIZIA, *Crisi di gabinetto*, cit., 383-384. Se ciò è innegabile (nessuno può essere obbligato a restare in carica), nel prosieguo si sosterrà comunque la necessità di un passaggio parlamentare per dare ragione di questa scelta dinanzi ai rappresentanti popolari.

⁴⁸ A. D’ANDREA, *La razionalizzazione della forma di governo italiana*, cit., 340. V. anche S. BARTOLE, *Governo italiano*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, 1991, 645; L. VENTURA, *Il governo a multipolarità diseguale*, Milano, 1988, 25. Sia consentito sottolineare il grado di *probabilità* che non corrisponde ad una *certezza*: tutto ovviamente dipende dai numeri e da quanti siano i sostenitori esterni al Governo dal punto di vista quantitativo e da quali intenti siano mossi politicamente. Ad esempio, un governo di minoranza che poggiasse sull’appoggio esterno di partiti regionalisti (come lo SVP) probabilmente agirebbe alla stregua di un governo maggioritario puro.

affatto sinonimo di “buon governo”, soprattutto se lo scopo di tale maggioranza è approvare testi preconfezionati in maxi emendamenti e blindati dalla questione di fiducia⁴⁹.

La “stabilità” dell’Esecutivo, se intesa come esistenza di una maggioranza assoluta controllabile da questo, ha poco a che vedere con l’effettiva capacità di portare avanti un programma politico e di invararlo in atti concreti, magari duraturi. Da questo punto di vista, la XVII legislatura è stata l’esempio paradigmatico di come l’esistenza di una “maggioranza di investitura” non corrispondesse affatto ad una “maggioranza di indirizzo”⁵⁰, soprattutto in un contesto politico-parlamentare estremamente volatile⁵¹.

Dunque, se l’esistenza di una maggioranza assoluta non è condizione né sufficiente, ma nemmeno necessaria⁵², alla fattiva realizzazione di un indirizzo politico⁵³, il governo di minoranza deve considerarsi un’opzione perfettamente legittima sul piano costituzionale.

⁴⁹ Non è detto che il “fatto minoritario” costituisca un freno automatico all’abuso della questione di fiducia: potrebbe anche accadere (per come viene usata nel contesto italiano) che essa si trasformi viceversa in una perenne minaccia di crisi nei confronti dei gruppi minoritari che supportano il Governo. Tuttavia, pare più probabile che il contenuto materiale della legislazione venga maggiormente discusso e negoziato con questi gruppi, piuttosto che imposto dall’alto. Certo è che anche la questione di fiducia perderebbe quel connotato meramente tecnico-procedurale di cui si avvantaggiano Governo e maggioranza parlamentare, per recuperare davvero il significato di “scommessa” sulla permanenza della fiducia parlamentare: ergo, il rischio di una sua bocciatura diverrebbe più concreto e anche il suo utilizzo nel tempo potrebbe retrocedere dinanzi a tale rischio. Dunque, come nelle legislature maggioritarie la presa sulle Assemblee si è rafforzata perché l’eventuale bocciatura avrebbe aperto alla concreta possibilità dello scioglimento anticipato (cfr. G. PICCIRILLI, *I paradossi della questione di fiducia al tempo del maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2008, 789 ss.), così una questione di fiducia in “ambiente minoritario” (parafrasando R. CHERCHI, *Il governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Napoli, 2006) sarebbe più rischiosa per il Governo, che non per i gruppi parlamentari. Sulle molteplici funzioni che la questione di fiducia ha assunto nel corso del tempo v. M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano, 1996, 324 ss. Peraltro, si potrebbe argomentare (ma non è qui possibile farlo in maniera compiuta) sulla possibilità che, dinanzi ad un governo minoritario, il Presidente di Assemblea recuperi un maggior potere discrezionale di valutare l’ammissibilità della questione di fiducia.

⁵⁰ Le distinzioni fra le “funzioni” della maggioranza sono diffuse nella dottrina. Vedi, per tutti, le riflessioni di C. LAVAGNA, *Maggioranza al governo e maggioranze parlamentari*, originariamente in *Politica del diritto*, 1974, oggi in *ID.*, *Problemi giuridici delle istituzioni*, Milano, 1984, 171 ss.

⁵¹ È noto che la XVII legislatura è stata assai criticata per la sua natura “ricombinante”, con un tasso di transfughismo (cioè di cambio di gruppi parlamentari) altissimo. Secondo il dossier di OPENPOLIS, *L’infinito giro di valzer dei cambi di gruppo*, 23 febbraio 2018, si sono verificati 566 passaggi di gruppo, 313 alla Camera e 253 al Senato, con 347 parlamentari coinvolti, pari al 36,53% degli eletti. Ciò ovviamente ha comportato la necessità per i governi di appoggiarsi su un base parlamentare assai mutevole, a seconda dei temi: cfr. R. BENEDETTO, M. GALLUZZO, *Le maggioranze variabili di Renzi*, in *Corriere della sera*, 22 febbraio 2016.

⁵² Nell’ordinamento costituzionale si rinviene una norma che risulta distonica rispetto all’impianto della forma di governo parlamentare e delle relative maggioranze costituzionalmente necessarie: l’art. 81, comma secondo, Cost. introdotto dalla legge cost. n. 1/2012. La previsione della maggioranza assoluta per consentire il ricorso all’indebitamento, di fatto, impone che esista una medesima maggioranza che supporti la politica economico-finanziaria del governo in carica, in un’ottica intrinsecamente fiduciaria. La norma – che richiama condizioni eccezionali – di fatto subisce lo sdoppiamento ormai tipico anche di altre norme di carattere emergenziale ed eccezionale (si pensi in particolare all’art. 77 Cost.: cfr. F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in *Diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, Torino, 2015, 152). Esistono dunque situazioni di “ordinaria eccezionalità” che rientrano sostanzialmente nella definizione di un indirizzo politico preciso, e poi situazioni in cui si recupera il significato originario della previsione straordinaria. Nel caso della norma in questione, l’emergenza pandemica ha fatto riaffiorare questa seconda natura, allorché nelle sue applicazioni precedenti si è trattato di classiche scelte di indirizzi politici di parte, adottati dal Governo in carica e di volta in volta sostenuti dalle rispettive maggioranze. Su quest’ultimo punto v. C. BUZZACCHI, *Pandemia e diritto del bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2020, 44 ss.

⁵³ A margine, sia consentito rilevare che, nel mondo attuale, non è affatto detto che la realizzazione di un dato indirizzo politico passi obbligatoriamente per un’intensa attività legislativa. Con la riforma costituzionale del 2012 e la conseguente normativa di attuazione, un Governo potrebbe di fatto imprimere una direzione considerevole con la sola legge di bilancio, che integra in sé una prima consistente parte normativa (art. 15, legge n. 243/2012) che accompagna la tradizionale seconda parte di natura contabile. Per il resto, un Governo anche di minoranza potrebbe incidere moltissimo nell’ordinamento, a prescindere dalla leva legislativa, sia attraverso le nomine amministrative e con l’adozione degli atti attuativi cui le leggi sempre più rinviano la definizione concreta e sostanziale delle loro previsioni, ma anche (forse soprattutto) tramite l’attività politica condotta a livello europeo ed internazionale. Su quest’ultimo aspetto v. A. CONTIERI, *Presidente del Consiglio e ruolo del Parlamento: il mosaico dell’indirizzo politico (europeo)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2021, 92 ss.

Si badi: con ciò non si vuole – né si potrebbe – affermare che il “fatto minoritario” sia *l’opzione migliore*, desiderabile in assoluto. Più semplicemente, significa che essa è una situazione tollerabile e da tollerare: da un lato, non va ostacolata (si pensa qui al ruolo del Capo dello Stato); dall’altro lato, non si può vederla né denunciarla come una minaccia al funzionamento delle istituzioni (e qui ci si riferisce in particolare alle forze politiche parlamentari).

Veniamo più nello specifico al caso del Governo Conte *bis*.

Di fronte al venir meno (per pochi voti) della maggioranza assoluta al Senato, ma non della fiducia, il Presidente del Consiglio si è sentito in dovere di conferire con il Presidente della Repubblica, per presentare l’ipotesi di allargamenti della maggioranza.

Dopo alcuni giorni, anche sull’onda di spinte interne alla coalizione di governo, Conte decide di non affrontare il voto al Senato sulla relazione annuale del Ministro Guardasigilli sulla Giustizia, presentando le dimissioni al Capo dello Stato e aprendo formalmente la crisi di governo.

E qui si osserva una scelta del Capo dello Stato significativa e, al contempo, problematica rispetto a quanto testé sostenuto sul governo di minoranza.

Il Presidente della Repubblica, invece di rifiutare le dimissioni di un Governo che si era visto poco tempo prima riconfermare la fiducia in entrambe le Camere (e solo al Senato con una maggioranza semplice) o di adoperare la sua persuasione morale preventiva per evitarle, ha scelto di accettarle e constatare l’apertura della crisi di governo, poi direzionata verso l’esito del Governo Draghi.

Soprattutto, il Presidente della Repubblica non avrebbe dovuto accettare tali dimissioni dinanzi alla ragione ultima di queste: evitare un voto sulla relazione del Guardasigilli. Un voto negativo su questa, a parte non importare alcun obbligo di dimissioni per il Governo nella sua interezza (art. 94, ult. comma, Cost.), ma giuridicamente nemmeno nei confronti del Ministro, avrebbe semplicemente segnato la necessità di cambiare un indirizzo settoriale o di sospendere alcune iniziative intraprese: nulla di esiziale, date anche le diverse priorità politiche imposte dalla pandemia⁵⁴.

Ma anche volendo ammettere che le dimissioni potessero (o dovessero) essere accettate, un ulteriore disconoscimento della legittimità del governo minoritario si è avuto con il successivo mandato esplorativo “vincolato”⁵⁵. Di fatti, riconoscere la piena legittimazione del governo precedente avrebbe significato il conferimento di un pre-incarico al Presidente del Consiglio uscente, con il compito di riallacciare i rapporti con la forza politica fuoriuscita dalla maggioranza o di provare a trovare altri voti di sostegno al Senato⁵⁶. Se ciò avrebbe potuto realizzarsi, nessuno può dirlo: quello di cui non si può dubitare è che l’iniziativa presidenziale abbia lasciato intendere agli interessati – più o meno velatamente: non conosciamo infatti i contenuti dei colloqui riservati che avvengono durante le consultazioni – che il Governo Conte non sarebbe stato l’ultimo della legislatura.

Questo rifiuto del governo di minoranza non è però ascrivibile alle sole scelte del Presidente della Repubblica: anzi, le stesse forze politiche della coalizione ritenevano impraticabile la prosecuzione, addirittura nel breve periodo, dell’esperienza di governo in assenza di un congruo margine numerico di manovra (individuato, per il Senato, in una forbice superiore ai 170 voti, rispetto ai 161

⁵⁴ Cfr. M. VOLPI, *Quelle anomalie costituzionali nell’incarico a Draghi*, in *Il Manifesto*, 6 febbraio 2021.

⁵⁵ Una scelta che «ha finito per amplificare il tatticismo fine a sé stesso di prestigiatori incastonati sulla scena politica italiana con i loro valletti», secondo A. D’ANDREA, *La regia della crisi, il Colle e i tatticismi di Iv: una strada c’è*, in *Il Fatto Quotidiano*, 2 febbraio 2021. In maniera del tutto anomala (se non illegittima), nel corso dell’espletamento di questo mandato, le forze politiche si sono messe a discutere direttamente di incarichi ministeriali a singoli esponenti, in assenza di un Presidente incaricato, come denuncia con forza M. VOLPI, *Quelle anomalie*, cit., : «La seconda anomalia riguarda le caratteristiche assunte dal mandato esplorativo, non per responsabilità del Presidente della Repubblica e del Presidente della Camera, ma delle delegazioni dei partiti che hanno discusso non solo di programmi, ma anche di nuovi ministri e incarichi di governo senza che vi fosse un Presidente incaricato al quale sarebbe spettato di affrontare tali questioni con le forze politico-parlamentari, come si desume dall’art 92, c. 2, Costituzione, secondo il quale è il Presidente del Consiglio a proporre i ministri sottoposti alla nomina del Capo dello Stato».

⁵⁶ Le forze della coalizione uscente dichiaravano tutte di rinvenire nella persona del Presidente Conte il “punto di equilibrio” della legislatura. La stessa Italia Viva non poneva alcun veto sul nome di Conte e da parte dell’UDC (che con i suoi tre senatori sarebbe stata determinante) si prospettava l’ipotesi di un governo “giallo-bianco”: cfr. F.Q., *Governo, corsa contro il tempo per la nascita del gruppo dei responsabili: chi sono e perché in Senato sono fondamentali per il Conte ter*, in *Il Fatto quotidiano*, 26 gennaio 2021.

corrispondenti alla maggioranza assoluta⁵⁷).

Una simile visione fa riflettere. *In primis*, il procedimento legislativo ordinario è talmente *minoritario* nella prassi parlamentare (dove abbondano le conversioni di decreti-legge, con maxi emendamenti e questioni di fiducia) che l'assenza di una maggioranza consistente rende di fatto impossibile il lavoro camerale, impostato secondo questa logica di compressione del dibattito, schiacciamento delle minoranze e rigetto del compromesso politico⁵⁸.

In secundis, ciò è anche indice di un'immaturità della cultura politica, che non concepisce la *collaborazione* nell'interesse del Paese, se non nelle vesti di *spartizione* (di incarichi ministeriali, di posti di "sotto-governo", di alta amministrazione negli enti controllati dallo Stato ecc.), invero a prescindere dagli obiettivi cui si aspira⁵⁹.

E tutto ciò vale anche – purtroppo – per i tempi dell'emergenza pandemica. È pur vero che alcune scelte sono state condivise fra la maggioranza e l'opposizione (come le conversioni dei primi decreti-legge sulle chiusure necessarie a prevenire il diffondersi dei contagi, o gli "scostamenti di bilancio" imposti dall'art. 81, comma 2, Cost.⁶⁰). Eppure, nel momento in cui si è profilato all'orizzonte l'arrivo degli ingenti finanziamenti del Fondo europeo di Ripresa e Resilienza (c.d. *Recovery Plan*), ecco che le contrapposizioni (anche interne alla maggioranza) si sono esacerbate.

Dunque, ragionare in questo contesto di un "governo di minoranza" potrebbe sembrare finanche velleitario.

Certo è che resta nella Carta costituzionale questa opzione, precipitato di una saggia intuizione dei Costituenti, i quali, da un lato, volevano rendere più facile la nascita dei Governi aprendo – alle stesse forze politiche – gradi diversi di coinvolgimento e cooperazione all'interno delle Camere⁶¹. Dall'altro, non concepivano il rapporto fra Governo e Camere come una relazione di appiattimento sul primo delle seconde (come testimonia l'ultimo comma dell'art. 94 Cost.), né queste come il regno di una maggioranza onnipotente.

È con l'avvento della c.d. "democrazia maggioritaria"⁶² ed i suoi eccessi in termini di efficientismo e "governabilità"⁶³ (più affermati in teoria, che realizzati nella pratica) che questa visione viene completamente abbandonata per lasciare il posto ad un'idea riduzionistica delle relazioni interne al Parlamento (la minoranza è *opposizione* – almeno esternamente⁶⁴ – o non è) e del rapporto di questo

⁵⁷ Questa era la "dottrina Franceschini", cioè la posizione portata avanti dal Ministro dei beni culturali Dario Franceschini, capo-delegazione del PD nel Governo Conte II. Cfr. l'intervista di L. RIVARA, *Crisi di governo, Franceschini: "Europeisti e moderati di centrodestra ora si uniscono a noi"*, in [La Repubblica](#), 19 gennaio 2021. Era proprio il PD che richiedeva un allargamento significativo della maggioranza: A. CARUGATI, *Il Pd mette fretta a Conte: «O trova 170 senatori o si vota»*, in *Il Manifesto*, 21 gennaio 2021.

⁵⁸ Per tutti, v. le critiche, sempre attuali, di M. MANETTI, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in *Decisione conflitti controlli: procedure costituzionali e sistema politico: atti del XXV convegno annuale, Parma, 29-30 ottobre 2010*, Napoli, 2012, 3 ss.

⁵⁹ G. AZZARITI, *Mediazione politica e compromesso parlamentare*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2017, 6 ha parlato di una politica "inconsapevole" che «continua ad agitarsi in un vuoto programmatico, mostrando di non saper andare oltre una *diversità tra eguali*» (enfasi dell'A.). Nella stessa sede si v. anche le riflessioni di M. DOGLIANI, *Rappresentanza, Governo e mediazione politica*, 13 ss., e di M. MANETTI, *Regolamenti e compromesso parlamentare*, 55 ss.

⁶⁰ Su cui v. C. BUZZACCHI, *Le alterazioni del diritto del bilancio nell'emergenza sanitaria*, in [Bilancio, comunità, persona](#), n. 2/2020, 37 ss.

⁶¹ V. sopra, nt. 34.

⁶² Su cui v. S. BARTOLE, *Democrazia maggioritaria*, in *Enc. Diritto. Aggiornamenti*, V, 2001, 346 ss., nonché i contributi di P. CARETTI, *Principio maggioritario e democraticità del sistema costituzionale*, e L. CARLASSARE, *Maggioritario*, entrambi in [Costituzionalismo.it](#), n. 1/2008.

⁶³ Sulla "retorica della governabilità" v. ora, per tutti, M. PODETTA, *Governare le Camere. Tendenze e miti delle riforme regolamentari*, Bari, 2020, 67 ss.

⁶⁴ N. LUPO, *Il premio di maggioranza nella legge del 2005 n. 270 e i suoi effetti sull'organizzazione e sulle dinamiche parlamentari in Il premio di maggioranza. Origini, applicazioni e implicazioni di una peculiarità italiana*, a cura di A. Chiamonte, G. Tarli Barbieri, Roma, 2011, 133, criticando l'abuso dell'accoppiata questione di fiducia-maxi emendamento osserva che il ricorso a questa tecnica non è fatto nel solo interesse esclusivo del Governo, ma anche di altri soggetti «anzitutto i parlamentari di maggioranza, pur chiamati ad 'ingoiare qualche rospo'... i quali sono comunque in condizione di dichiarare ai propri *stakeholders* che sono stati costretti a farlo solo "per non fare cadere il governo". *Gli stessi parlamentari di opposizione, che possono evitare di assumersi qualsivoglia responsabilità nella formazione di un*

con il Governo (o le Camere sono “governate” da un Esecutivo forte⁶⁵ o questo non ha da esistere).

Qui sorge la prima necessità di ripensare alcune convenzioni costituzionali, di fronte al mutato quadro politico-partitico: sul punto si ritornerà *infra* nel paragrafo conclusivo.

4. Il Presidente della Repubblica e la gestione delle crisi di governo nella XVIII legislatura

Il secondo punto di discussione – che è già emerso *naturaliter* nel corso della riflessione precedente – concerne il ruolo e le scelte del Presidente della Repubblica nella gestione della crisi di governo⁶⁶. Più specificamente, credo che occorra interrogarsi su come siano state sovrintese e dirette *le crisi* di governo verificatesi nella XVIII legislatura. La prima constatazione, infatti, porta ad affermare che nelle tre occasioni (2018-2019-2021) l’atteggiamento del Capo dello Stato sia stato molto diverso a seconda dei casi.

Nel 2018 i tempi della crisi sono stati scientemente “distesi” affinché, in un contesto di incertezza politica, di assenza di vincitori e di veti reciproci, si giungesse ad un accordo di governo. In quella fase il Capo dello Stato non solo diede corso ad un doppio turno di consultazioni, ma ricorrendo agli strumenti nati dalla prassi presidenziale ipotizzò – con i noti “mandati vincolati” - delle specifiche opzioni di maggioranze politiche, escludendo in maniera espressa la possibilità di assegnare un incarico per la formazione di un “governo di coalizione minoritaria” facente riferimento all’area del centrodestra capeggiato dalla Lega. Ancora, arrivò a proporre la formazione di un “governo neutrale” di decantazione, che, composto da personalità estranee alla politica, si occupasse degli affari correnti e poco più, nell’attesa di uno sblocco della situazione da parte delle forze parlamentari.

Sappiamo poi come andò a finire la vicenda, con la precipitazione della crisi sull’ormai celebre “caso Savona”, infine rientrata con la nomina del Governo Conte I⁶⁷.

Viceversa, nell’estate 2019, dopo la scelta della Lega di interrompere l’alleanza con il Movimento 5 Stelle, l’indicazione presidenziale era quella di risolvere prontamente la crisi di governo: oltre ad un’accelerazione delle tempistiche e l’assenza di mandati diversi dall’incarico formale a Giuseppe Conte, venne espressamente escluso una proposta governativa di “impronta presidenziale”.

Nel 2021, invece, il Capo dello Stato ha spiegato in un discorso alla Nazione le ragioni per cui non riteneva opportuno lo scioglimento anticipato nel corso della crisi sanitaria in atto. Al di là della loro ragionevolezza, non v’è dubbio però che queste motivazioni avessero un marcato contenuto di valutazione politica (come tale, non irresistibile), in forza della quale il Presidente della Repubblica sceglieva di farsi carico non solo della situazione strettamente emergenziale del Paese⁶⁸, ma anche di

testo legislativo “approvato a colpi di fiducia”, anche nei casi, tutt’altro che infrequenti, in cui il maxiemendamento raccolga qualche proposta emendativa di cui sono fatti anch’essi portatori). (enfasi finale aggiunta).

⁶⁵ Cfr. M. PODETTA, *Governare le Camere*, cit., 402: «benché [...] sia indiscutibile la sussistenza ormai da diversi anni di un’espansione dell’esercizio delle attribuzioni dell’Esecutivo a discapito di quelle delle Camere, il rafforzamento della funzione governativa a cui si è progressivamente assistito è stato in realtà solo apparente, o meglio, essendosi realizzato per vie distorte rispetto al corretto dipanarsi delle dinamiche della forma di governo – non solo – parlamentare, ad esso non è conseguito un elevamento delle capacità direttive dell’organo di governo».

⁶⁶ Anche su questo tema la dottrina è vasta: v., per tutti, L. CARLASSARE, *Il ruolo del Capo dello Stato nella gestione delle crisi di governo*, in *Le crisi di governo nell’ordinamento e nell’esperienza costituzionale*, a cura di L. Ventura, Torino, 2001, 119 ss., con la bibliografia ivi citata.

⁶⁷ Sulla crisi di governo del 2018 e sul c.d. “caso Savona” il dibattito è stato ampio e le pubblicazioni molteplici. Nell’impossibilità di indicarli tutti, fra i molti, si vedano in particolare il *Forum: l’intricata vicenda della formazione del Governo Conte*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2018, con interventi di P. CARNEVALE, M. CARDUCCI, M. D’AMICO, A. D’ANDREA, C. PINELLI, A. RUGGERI, A. SPADARO, S. STAIANO; il volume di A. MORELLI (cur.), *Dal “contratto di governo” alla formazione del governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Napoli, 2018; il *Dibattito sul potere del Presidente della Repubblica di condizionamento della scelta dei ministri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2018, 974 ss., con interventi di G. AZZARITI, R. BIN, R. BORRELLO, P. CARETTI, L. CARLASSARE, R. CHIEPPA, P. COSTANZO, M. DOGLIANI, G.F. FERRARI, A. LUCARELLI, M. MANETTI, V. ONIDA, C. PINELLI, F. RIMOLI, F. SORRENTINO e A. PACE.

⁶⁸ Di fatti, se la volontà del Presidente si fosse limitata alla sola gestione dell’emergenza sanitaria in senso stretto, avrebbe potuto nominare un Governo di scopo con un orizzonte temporale preciso, garantendo lo scioglimento delle

un orizzonte ulteriore e più ampio. Anzi, era chiaro e preciso l'appello alle forze politiche ad approvare la nascita di un governo di ispirazione presidenziale che si occupasse di alcune questioni espressamente indicate dal Capo dello Stato.

Il conferimento dell'incarico a Mario Draghi si è poi realizzato in maniera del tutto indipendente dalle formali consultazioni con le forze politiche. Il che può avere un doppio significato: o il Presidente, nel corso dei precedenti colloqui, aveva già interloquuto ed acquisito le posizioni sul punto e riteneva con certezza che un Governo siffatto sarebbe stato approvato dalle Camere; oppure, in maniera netta, si intendeva mostrare la diversa natura intrinseca di un "Esecutivo del Presidente", indipendente dai partiti, da inviare dinanzi alle Camere richiedendo alle forze politiche una collaborazione all'iniziativa presidenziale⁶⁹. Non un *gouvernement de combat*, quindi, da nominare contro il volere parlamentare (ipotesi che si adombrava nel caso del fugace incarico a Carlo Cottarelli nell'aprile 2018), ma un *gouvernement de salut public* in cui tutte le forze in campo potessero riconoscersi (o disconoscersi).

Questo era l'intendimento espresso in termini assai limpidi dal Presidente Mattarella: «un governo di altro profilo, che non debba identificarsi con nessuna formula politica». Qualcuno, con etichetta assai infelice, ha fatto riferimento ad un "governo dei migliori"⁷⁰.

Non si può però sottacere come il risultato concreto si sia discostato dall'annuncio presidenziale: il governo Draghi (a parte l'indiscusso prestigio del suo Presidente e di alcuni dei suoi Ministri tecnici) non corrisponde a quell'assenza di identificazione con formule politiche, pure evocata dal Capo dello Stato. Si tratta, infatti, di un Ministero la cui composizione ha incluso esponenti di peso delle forze politiche e che gode certo di un'ampissima base parlamentare. Resta tuttavia un Governo sostenuto da un insieme di partiti (che si sono distribuiti incarichi ministeriali e sotto-ministeriali) e avversato da un gruppo parlamentare stabile e da altri elementi parlamentari di nuova creazione. Anzi, a voler ben vedere l'appello del Presidente della Repubblica suonava come un invito alla "non sfiducia" (in particolare verso quelle forze meno europeiste e quindi più "fredde", anche simbolicamente, rispetto alla nomina di una personalità come quella di Draghi) e all'accettazione collaborativa di una "supplenza presidenziale"⁷¹ nell'individuazione del governo, piuttosto che una sollecitazione a creare un "governo di tutti".

Insomma, l'adesione all'invito del Presidente della Repubblica si è tramutata – con la sicura scelta del Presidente del Consiglio incaricato e l'avallo dello stesso Capo dello Stato, che d'altra parte ha nominato i ministri – in un'appropriazione (almeno parziale) dell'organo di governo da parte dei partiti politici⁷², peraltro con una conferma non indifferente di Ministri dell'uscente compagine e una

Camere prima dell'inizio del semestre bianco.

⁶⁹ Si noti che durante la formazione del Governo Monti nel 2011 (l'ultimo "governo tecnico" dal punto di vista cronologico), il Presidente della Repubblica svolse comunque delle (seppur rapidissime) consultazioni: v. E. TIRA, *La formazione del Governo Monti*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, 45 ss.

⁷⁰ Non può sfuggire che la dicitura "governo dei migliori" corrisponde al significato del termine di origine greca "aristocrazia", che – come noto – corrisponde ad una cosa diversa ed alternativa alla "democrazia". Penso che anche in questo senso (ma non solo) vadano lette le autorevoli considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *La democrazia dall'alto. Il nuovo governo e la Costituzione*, in *La Repubblica*, 24 febbraio 2021. L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, 2020, 42 afferma che se si assume l'implicito che solo alcuni abbiano le capacità per governare, viene messa in discussione l'idea stessa della democrazia e conseguentemente «negando *ai più* la capacità di governare se ne mette infatti in gioco il presupposto fondamentale, l'*eguaglianza*» (enfasi dell'A.). In questo ordine di pensiero, si v. anche il comunicato *L'attesa messianica* pubblicato il 5 marzo 2021 sul [sito](#) del Comitato Libertà e giustizia e sottoscritto da Sandra Bonsanti, Lorenza Carlassare, Paul Ginsborg, Sergio Labate, Elisabetta Rubini, Fabrizio Tonello, Nadia Urbinati, Gustavo Zagrebelsky. M. VOLPI, *Tecnocrazia e crisi della democrazia*, in ID. (a cura di), *Governi tecnici e tecnici al governo*, Torino, 2017, 22, sottolinea che la tecnocrazia (di cui il "governo dei migliori" non è stata che una nuova invocazione: *n.d.r.*) costituisce una «risposta regressiva alla crisi della democrazia».

⁷¹ Espressione tratta da A. SPADARO, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 settembre 2018, a cui si rimanda per un'analisi delle evoluzioni recenti rispetto alla funzione presidenziale. Similmente V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La presidenza più lunga. I poteri del capo dello Stato e la Costituzione*, Bologna, 2016, 262, parlano di «sistema parlamentare a tutela presidenziale eventuale e variabile».

⁷² Ciò secondo il precedente storico rappresentato dal Governo Ciampi, la cui composizione era un misto di tecnici e politici: sul punto v. N. LUPO, *Un governo "tecnico-politico"? Sulle costanti nel modello dei governi "tecnici", alla luce*

qual certa sproporzione anche nella distribuzione dei Ministeri⁷³.

Questa vicenda consegna molti spunti di riflessione e suscita innumerevoli considerazioni che non possono essere tutte appropriatamente condensate in questa sede.

Il punto focale che almeno preme sollevare, però, concerne l'ampliamento del ruolo presidenziale che, confermando una tendenza precedente al settennato attuale, consegna un'interpretazione vivente del dettato costituzionale parzialmente diversa da quanto emerge dalla sua enunciazione formale.

È vero che la figura presidenziale rappresenta una sorta di "mistero costituzionale" italiano, di cui è difficile apprendere una natura ontologica, ammesso che ce l'abbia (un "giroscopio" è stata definita per la sua natura di equilibratrice dinamica dell'assetto istituzionale⁷⁴, dunque obbligatoriamente mutevole). È però altresì vero che, se la dottrina fatica a trovare una posizione unanime⁷⁵, quantomeno la Corte costituzionale ha sempre voluto porre il Capo dello Stato in una posizione esterna, di "superiore" neutralità, al circuito dell'indirizzo politico⁷⁶, talvolta anche con una buona dose di enfasi.

della formazione del governo Draghi, in *Federalismi.it*, n. 8/2021, 134 ss. In un primo momento è sembrato che il Presidente Draghi avrebbe scelto la rosa dei ministri in totale indipendenza dai partiti, insieme al Quirinale (che si sarebbe precipuamente occupato della "quota politica"): F. VERDERAMI, *Draghi: «Grazie, ci rivedremo in Parlamento»*. Il premier incaricato non parla dei ministri, in *Corriere della sera*, 8 febbraio 2021. M. AINIS, *Le mosse di Draghi e la rivincita della Costituzione*, in *La Repubblica*, 11 febbraio 2021 ha salutato con favore questo metodo di scelta dei ministri in completa autonomia da parte del Presidente Draghi, vedendovi una piana e pacifica applicazione del testo dell'art. 92 Cost. Sulla stessa linea L. VIOLANTE, *L'era della Costituzione. La nuova natura del Governo*, in *La Repubblica*, 15 febbraio 2021. La ricostruzione di una scelta dei ministri indipendente dai partiti è stata in realtà parzialmente smentita a posteriori, sia dalla polemica interna al PD circa l'assenza di donne nella delegazione ministeriale (polemica diretta contro il segretario Zingaretti, non contro il Presidente del Consiglio: A. DI MAJO, *Governo, la rivolta delle donne del Pd: "Zingaretti? Ha fatto meglio Berlusconi"*, in *Il Tempo*, 14 febbraio 2021), ma anche da un'inequivocabile affermazione del Presidente di Forza Italia, Silvio Berlusconi, che in una riunione dei gruppi parlamentari ha affermato di aver "scelto personalmente" la delegazione ministeriale (*FI: Berlusconi, non siamo Pd o 5S, no a divisioni*, in *Ansa.it*, 9 marzo 2021).

⁷³ Al Partito Democratico sono spettati tre ministeri con portafoglio (Difesa, Lavoro, Cultura), mentre Cinquestelle e Lega ne hanno avuti due a testa, più due ministri senza portafoglio per il primo ed uno per il secondo. Forza Italia ha invece una delegazione di tre ministri senza portafoglio. In questa scelta si intravede forse una sorta di premialità derivata dalla fedeltà europeista mostrata dal PD e riconosciuta da Mario Draghi nel corso delle consultazioni. Cfr. C. BERTINI, *Il Pd brinda all'agenda di Draghi e prenota due posti nel governo*, in *La Stampa*, 10 febbraio 2021.

⁷⁴ M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, in part. 22 sulla metafora del giroscopio.

⁷⁵ M. GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato*, Milano, 2012, 15 parla di «strutturale ambivalenza» della figura presidenziale, che si ripercuote inevitabilmente sul valore della controfirma ministeriale ex art. 89 (*ivi*, 21 ss., anche per le principali indicazioni dottrinarie). Sulla molteplicità di queste visioni v. il capitolo introduttivo di A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari, 1985, 3 ss., che suggeriscono piuttosto di uscire dai modelli teorici ed analizzare la prassi presidenziale onde ricostruire il ruolo del Capo dello Stato (23). Sulle difficoltà dottrinali nel ricostruire la figura presidenziale cfr. D. GALLIANI, *I giuristi e il Presidente della Repubblica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 15 luglio 2011. Si v. altresì il volume di E. BINDI, M. PERINI, *Il Capo dello Stato: notaio o sovrano?* Torino, 2015, che già nel titolo individua l'ambiguità della figura presidenziale. I due A. ipotizzavano allora (184) che la Presidenza Mattarella sarebbe stata connotata – per espresso desiderio del titolare – da una caratura più notarile, sottolineando però che «laddove il sistema politico non riuscisse a uscire dalla sua crisi, ricostituendosi secondo nuovi modelli, coerenti con i nuovi assetti sociali ormai emergenti e rispondenti alle nuove istanze da essi provenienti, allora il Presidente non potrà che ripercorrere i binari tracciati dal suo immediato predecessore». Mi pare che le vicende della XVIII legislatura abbiano avallato questa seconda ipotesi. Sembra interessante ricordare come anche in ambito francese una doppiezza del ruolo del Capo dello Stato nel testo del 1958 sia stata rilevata sotto forma di antitesi fra due visioni, sintetizzate in figure simboliche: J. MASSOT, *L'arbitre et le capitaine. Essai sur la responsabilité présidentielle*, Parigi, 1987.

⁷⁶ Tale concezione emerge (anche se con sfumature, dovute alla diversità dei casi posti all'attenzione della Corte, e in un graduale crescendo) dalla [sent. n. 7/1996](#) (dove il Presidente è definito «garante della Costituzione» che si attiva «in vista del ripristino del corretto funzionamento delle istituzioni») (punto 12 del *Considerato in diritto*), passando per la [sent. n. 200/2006](#) (dove il Capo dello Stato è «organo *super partes*, "rappresentante dell'unità nazionale", estraneo a quello che viene definito il "circuito" dell'indirizzo politico-governativo») (punto 7.1 del *Considerato in diritto*), sino a culminare nella [sent. n. 1/2013](#) (dove si riconosce che nel suo «ruolo di garante dell'equilibrio costituzionale e di "magistratura di influenza", il Presidente deve tessere costantemente una rete di raccordi allo scopo di armonizzare eventuali posizioni in conflitto ed asprezze polemiche, indicare ai vari titolari di organi costituzionali i principi in base ai quali possono e devono essere ricercate soluzioni il più possibile condivise dei diversi problemi che via via si pongono», punto 8.3 del *Considerato in diritto*).

La realtà storica – o quantomeno un’interpretazione storiografica non limitata agli ultimi anni⁷⁷ – restituisce una figura di Presidente della Repubblica molto più addentro alle dinamiche politiche, non solo in termini di garanzia, ma anche di notevole proattività.

Non può sfuggire che nelle ultime legislature la vera alternanza al potere si è realizzata non tanto fra schieramenti politici diversi, ma fra governi di derivazione strettamente politico-parlamentare e governi di “impronta presidenziale”⁷⁸. Lo stesso art. 94 Cost., che limpidamente sembrerebbe consacrare una forma di governo parlamentare essenzialmente monista, subisce uno sdoppiamento, in base al quale, come è stato osservato, il voto fiduciario può tradursi nell’approvazione di un indirizzo formalmente governativo, ma sostanzialmente presidenziale⁷⁹. Ed è evidente che le scelte fatte dal Capo dello Stato possono avere una fortissima valenza di indirizzo, come dimostrato anche dall’azione del Presidente Mattarella rispetto al rapporto con l’Unione Europea⁸⁰.

Del resto, non si può omettere la significativa influenza del Capo dello Stato nell’individuazione dei membri del Governo, in particolare rispetto a quei Dicasteri che più sono apparsi centrali rispetto alle appartenenze dell’Italia ad organizzazioni internazionali ed ai rapporti con queste⁸¹.

⁷⁷ Cfr. la ricostruzione storica di M. GERVASONI, *Le armate del Presidente; la politica del Quirinale nell’Italia repubblicana*, Venezia, 2015. Ma v. ancora A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, cit., *passim*.

⁷⁸ A prescindere dalla composizione (tecnica, politica o mista) di questi: si pensi ai Governi Monti (2011-2013), Letta (2013-2014) e Draghi. Sui due governi (Monti e Letta) nominati dal Presidente Napolitano v. N. MACCABIANI, *La Presidenza della Repubblica e il principio di efficienza nella dinamica della forma di governo parlamentare italiana*, in M. GORLANI, N. MACCABIANI, *Il bis di Napolitano*, Gussago (Brescia), 2013, in particolare 75 ss., nonché S. MERLINI, G. TARLI BARBIERI, *Il Governo parlamentare in Italia*, Torino, 2017, 382 ss. Pure il Governo Gentiloni (fine 2016-2018) ha in sé una certa “impronta presidenziale”, dovuta al fatto che il Presidente Mattarella ha rifiutato al Presidente del Consiglio Matteo Renzi di sciogliere le Camere nel 2016, aprendo così alla formazione di un nuovo governo. E, *ça va sans dire*, sarebbe ingenuo pensare che un Governo voluto e/o benedetto dal Presidente della Repubblica non tenga un collegamento molto stretto con questi e con le sue strutture, anche nell’identificare le sue priorità politiche e le sue azioni concrete. Persino il Governo Conte I (2018-2019) aveva in sé una chiara “quota presidenziale”, rappresentata dai Ministri degli Esteri (Enzo Moavero Milanese) e dell’Economia (Giovanni Tria): v. F. D’ADDABBO, *Brevi osservazioni sulla democrazia e l’evoluzione della forma di governo nell’Italia di oggi*, in V. ONIDA, *Idee in cammino*, Bari, 2019, 712 ss.

⁷⁹ M. FRAU, *La sfiducia costruttiva*, Bari, 2018, 13-14: «Così in Italia, ad onta del mito constantiano del *pouvoir neutre*, il voto di fiducia iniziale ha talvolta assunto le sembianze di un voto di ratifica *ex post* di una scelta di “indirizzo politico presidenziale” (come nel caso della nomina di Giuseppe Pella, nel 1953, da parte di Luigi Einaudi e, da ultimo, nel caso della nomina di Mario Monti, nel 2011, da parte di Giorgio Napolitano)».

⁸⁰ «Alla luce del processo di integrazione europea, negli ultimi anni la Presidenza della Repubblica ha vieppiù considerato le scelte comunitarie dell’Italia come costituzionalmente dovute o comunque rientranti in un ambito di imparzialità, nel quale poteva considerarsi lecito per il Capo dello Stato entrare senza compromettere la sua posizione neutrale ed estranea al gioco politico; e ciò pur a fronte di aperti dissensi di partiti e settori dell’opinione pubblica in merito proprio a scelte comunitarie essenziali» (così M. GORLANI, *Libertà di esternazione*, cit., 41-42). Questa linea di sviluppo è chiara anche nel corso della Presidenza Mattarella lungo la XVIII legislatura: partendo dal rifiuto della nomina di Savona che avrebbe potuto segnare l’uscita dell’Italia dalla moneta unica, passando per la lettera indirizzata a Conte sulla legge di bilancio per il 2019 e il rispetto dei parametri europei, nonché per la positiva considerazione di una coalizione decisamente meno critica nei confronti dell’Europa (Governo Conte II), si è giunti alla nomina dell’ex presidente della Banca centrale europea Mario Draghi. Il Presidente Draghi, nel suo discorso programmatico dinanzi alle Camere, ha affermato: «Questo Governo nasce nel solco dell’appartenenza del nostro Paese, come socio fondatore, all’Unione europea e come protagonista dell’Alleanza atlantica, nel solco delle grandi democrazie occidentali, a difesa dei loro irrinunciabili principi e valori. Sostenere questo Governo significa condividere l’irreversibilità della scelta dell’euro e la prospettiva di un’Unione europea sempre più integrata che approderà a un bilancio pubblico comune, capace di sostenere i Paesi nei periodi di recessione» (A.S. XVIII, *Resoconto stenografico*, 17 febbraio 2021, 13). Vi è stata quindi una progressione del sistema politico verso l’accettazione di uno spirito “europeista”, indiscutibilmente favorita dall’azione presidenziale. Tale visione dell’Unione Europea non pare del tutto corrispondere a quanto rilevato da un sondaggio commissionato dallo stesso Parlamento Europeo, secondo il quale solo il 39% degli italiani ritiene che l’appartenenza all’UE sia “una buona cosa”, mentre il 52% ritiene comunque che vi siano maggiori benefici che svantaggi nell’appartenenza all’Unione (v. il *Socio-demographic trends in national public opinion - Edition 7*, nella pagina “Eurobarometro” sul sito istituzionale del Parlamento).

⁸¹ Nel corso delle crisi di governo del 2018 e del 2019 la Presidenza della Repubblica ha sempre espresso particolare attenzione alle nomine nei ministeri degli Affari Esteri, dell’Economia, della Difesa e dell’Interno, che si trovano a doversi relazione con le due principali organizzazioni internazionali di cui fa parte l’Italia (l’Unione Europea e la Nato). Per quanto riguarda il ministero dell’Interno, vengono qui in rilievo le competenze in materia di immigrazione e sicurezza: sia consentito rinviare a A. LAURO, *La declinazione del sistema parlamentare*, cit., 33 e 115.

Insomma, se forse è fuorviante parlare di “semipresidenzialismo” (categoria assai criticata nella sua stessa patria d’origine⁸²), non sembra del tutto azzardato sostenere che quel dualismo⁸³, rimosso durante il passaggio dallo Statuto Albertino alla Costituzione Repubblicana⁸⁴, abbia ripreso la superficie⁸⁵, complici anche le situazioni di permanente emergenza (di varia natura)⁸⁶ che viviamo da almeno un decennio nel Paese⁸⁷.

L’analisi della formazione del Governo Draghi è intrisa di queste problematiche. Da un lato, si potrebbe positivamente considerare il fatto che l’attuale Gabinetto non è un “governo tecnico” puro e semplice, che in quanto tale solleva più di una perplessità rispetto alla fisiologia di un sistema democratico-parlamentare, soprattutto in relazione al ruolo dei partiti nel nostro ordinamento (art. 49 Cost.)⁸⁸, sebbene non sia del tutto chiaro da dove derivi l’elaborazione del suo programma di

⁸² Per tutti A. LE DIVELLEC, *Maurice Duverger et la notion de régime semi-présidentiel. Une analyse critique*, in *Duverger revisité: regards critiques sur l’œuvre scientifique*, a cura di D. Bourmaud e P. Claret, Paris, 2019.

⁸³ Per forma di governo parlamentare *dualistica* bisogna intendere quel sistema nel quale l’Esecutivo è responsabile sia dinanzi al Parlamento che al Capo dello Stato, traendo da entrambi la propria legittimità; si realizza così una compartecipazione del Capo dello Stato alla definizione dell’indirizzo politico. Il parlamentarismo dualista – il cui esempio storico è rappresentato dalla Repubblica di Weimar – non necessita obbligatoriamente dell’elezione diretta del Capo dello Stato (che avveniva nel caso di Weimar, ma non ad esempio nella III Repubblica francese): v. D. BARANGER, A. LE DIVELLEC, *Régime parlementaire*, in *Traité international de droit constitutionnel*, a cura di M. Troper e D. Chagnollaud, II, Paris, 2012, 181 ss. In questo senso ha ragione M. MANETTI, *Capo dello Stato*, in *Enc. Diritto – Annali*, X, 2017, 166: «Attenzione: qui non si pretende che di semi-presidenzialismo si possa parlare soltanto là dove il Presidente è eletto dal popolo. Tutto al contrario, si deve ammettere che — ferma restando la vigente disciplina dell’elezione presidenziale — quest’ultima può ben acquisire un significato sostanzialmente maggioritario, aprendo a sviluppi dualistici della forma di governo (come conferma l’ipotesi eguale e contraria che si verifica in alcuni Paesi, dove a dispetto della elezione diretta il Capo dello Stato non è coinvolto nella politica attiva)». Ammonisce sui rischi di un’eccessiva enfattizzazione del ruolo presidenziale (a commento della discussa [sent. n. 1/2013](#)) M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 10: «È per questo che la logica del dualismo è rovinosa: ai Presidenti non si deve chiedere l’impossibile, perché il loro compito è tutelare una unità che si genera altrove, non generare unità laddove essa è carente. [...] È la Costituzione a collocare al centro della nostra forma di Governo le assemblee rappresentative, non il capo dello Stato. Ed è anche assai opportuno che si comprendano le buone ragioni di questa scelta costituzionale, perché l’organo è monocratico e non v’è alcuna garanzia che, con inquilini del Quirinale diversi da quelli che hanno saputo dipanare le sempre più intricate matasse istituzionali delle ultime legislature, non s’abbia poi a doversi pentire di un eccesso di esaltazione dei poteri presidenziali».

⁸⁴ V. A. MASTROPAOLO, *Il dualismo rimosso. La funzione del Presidente della Repubblica nella forma di governo parlamentare italiana*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 1 ss.

⁸⁵ A. LUCARELLI, *Il modello dualista dei Presidenti: prodromi del cambiamento della forma di governo parlamentare*, in *Diritto Pubblico Europeo- Rassegna Online*, n. 1/2021, II-III, parla di un «modello dualista della governabilità tecnocratica».

⁸⁶ Cfr. M. PERINI, *Il Capo di Stato nelle repubbliche parlamentari in tempo di crisi: una fisiologica espressione dualista del sistema*, in *Ianus*, n. 7/2012, 89 ss. La tesi del Capo dello Stato “reggitore del sistema” nei momenti di crisi è stata sostenuta nella nota voce di C. ESPOSITO, *Capo dello Stato*, in *Enc. Diritto*, V, Milano, Giuffrè, 1960, 233 ss., ripresa poi di recente, fra gli altri, da S. TRAVERSA, *Il Capo dello Stato parlamentare come reggitore dello Stato nelle crisi del sistema*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2/2011, 229 ss. Molto realisticamente, però, G. SCACCIA, *Il Re della Repubblica*, Modena, 2015, 146 ss. mette in dubbio l’idea che la “fisarmonica presidenziale” si richiuda nel momento in cui viene meno la situazione di necessità che ne ha legittimato l’estensione: «Lo sconfinamento dei poteri presidenziali di influenza e consiglio nella diretta funzione decidente [...] è peraltro il segno di una tensione più profonda, che non pare destinata a riassorbirsi con il mutare delle condizioni politiche eccezionali che hanno caratterizzato questa Presidenza e che sta logorando lo schema teorico finora dimostratosi più adatto a definire la posizione costituzionale del capo dello Stato». Aggiunge l’A.: «Nessun Presidente, infatti, al di là delle dichiarazioni di facciata, ha interpretato le proprie prerogative in senso riduttivo e le conquiste ottenute anche a prezzo di strappi e forzature costituzionali da Presidenti iperinterventisti hanno nel tempo perso il legame con la loro genesi storica e sono state definitivamente incamerate nell’arsenale quirinalizio» (147). Mi pare che la Presidenza Mattarella – e alcuni fatti di cui si occupa il presente scritto – confermi appieno questa intuizione.

⁸⁷ Sembra così essersi realizzato nei fatti, seppure con modalità talvolta fortuite o disordinate, quel sistema parlamentare con “un motore di riserva presidenziale”, chiamato anche “presidenzialismo alternante”, prefigurato da G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, 2013, 167 ss. Concordano su questa visione V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La presidenza più lunga*, cit., 255.

⁸⁸ V. le critiche di R. MANFRELOTTI, *Profili costituzionali del governo tecnico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 ottobre 2013. Sui “governi tecnici” v. altresì F. MARONE, *Prime riflessioni sul governo tecnico nella democrazia maggioritaria italiana*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2012; F. POLITI, *Governo tecnico*, in *Treccani/Libro dell’anno*

governo⁸⁹. Da qui deriva la necessità di ribadire che non si tratta di un governo di “larghe intese”⁹⁰: nessuna intesa, diversa dalla partecipazione alla compagine ministeriale e dal voto fiduciario, è stata pubblicamente adottata dai partiti sotto il profilo programmatico. Né la lotta alla pandemia è di per sé un programma sufficiente: la cronaca di questi ultimi mesi ci dimostra che possono esistere approcci diversi alle singole questioni, dalle misure di contenimento, alla distribuzione dei sussidi finanziari per far fronte alla crisi, soprattutto dirigendosi verso la fase di “ricostruzione” dopo il momento più drammatico.

Dall’altro lato, però, dobbiamo constatare che il Presidente della Repubblica ha preso un’iniziativa netta, che si è tradotta concretamente nella scissione fra una maggioranza governante (non di mero sostegno) ed una (minima) opposizione. Peraltro, la scelta di nominare un nuovo Governo impedisce concretamente la possibilità che le Camere vengano sciolte prima dell’inizio del c.d. semestre bianco, previsto per la fine di luglio 2021. È così garantita la possibilità che questo Parlamento, nella sua configurazione politica attuale⁹¹, elegga il prossimo Presidente della Repubblica.

Anche sulla stessa composizione del Governo Draghi hanno probabilmente influito delle indicazioni presidenziali, tanto in termini di continuità politica in alcuni settori ministeriali⁹², quanto nella scelta di alcune personalità da mettere a capo di Ministeri potenzialmente divisivi⁹³.

Insomma, allo stato delle cose, pare di poter affermare che l’azione del Presidente della Repubblica è risultata tutto fuorché “neutra”⁹⁴.

del diritto 2013.

⁸⁹ Nel corso dei dibattiti sulla fiducia al Governo Draghi, è emersa da quasi tutti gli interventi la volontà dei gruppi parlamentari di aderire all’invito presidenziale, peraltro citato ed enfatizzato dallo stesso Presidente del Consiglio: «Questo è lo spirito repubblicano di un Governo che nasce in una situazione di emergenza, raccogliendo l’alta indicazione del Capo dello Stato» (AS. XVIII, *Resoconto stenografico*, 17 febbraio 2021, 12). V. gli interventi dei sen. Cattaneo (23), Monti (29), D’Angelo (43), Pagano (44), Nisini (46), Laforgia (49), Marti (51), Castellone (53), Quagliariello (57), Pucciarelli (61), Bottici (62), De Bonis (72), Nencini (84), Mallegni (88), Leone (92), Lanièce (93), Fedeli (98), Steger (105), Romeo (116), Fantetti (126), Pagano (162). Lo stesso si è riprodotto l’indomani alla Camera (v. i vari interventi in A.C. XVIII, *Resoconto stenografico*, 18 febbraio 2021). Il sen. Monti ha svolto anche una considerazione ulteriore sulla flessibilità del sistema di governo italiano: «Dimentichiamo a volte che una Repubblica parlamentare, con un Presidente della Repubblica come quello attuale - come è stato spesso unanimemente riconosciuto - ha la capacità di trovare soluzioni che altri Paesi a volte ci invidiano e che la nostra formula parlamentare permette anche la formazione, quando necessario, di Governi di unità nazionale o di larga, larghissima coalizione, per affrontare, ripartendone il peso dell’eventuale impopolarità su più spalle, l’onere delle riforme».

⁹⁰ Tant’è che il sen. Quagliariello ha giustamente osservato, rivolgendosi al Presidente Draghi: «La sua non è una coalizione; il suo è un Governo repubblicano di salvezza, dove le diverse forze politiche fanno riferimento a lei. Noi non ci stiamo unendo in una nuova coalizione» (A. S. XVIII, *Resoconto stenografico*, 17 febbraio 2021, 57).

⁹¹ Con il referendum svoltosi il 20 e 21 settembre 2020, il corpo elettorale ha approvato la legge costituzionale n. 1/2020 che ha ridotto il numero dei parlamentari. Volendo essere rigorosi, il mutamento delle proporzioni delle Camere avrebbe più che legittimato lo scioglimento anticipato, come già avvenuto nel 1963 per il Senato (v. la dichiarazione di Fanfani riportata in L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., 203, nt. 188), ma anche come successo con lo scioglimento del 1993 a seguito della modifica del sistema elettorale. Quarant’anni prima, nel 1953 si discusse se lo scioglimento fosse stato dettato dal Presidente a seguito dell’approvazione di un nuovo sistema elettorale, contenuto nella c.d. “legge truffa”: v. L. CARLASSARE, *Art. 88*, in L. CARLASSARE, E. CHELI, *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1983, 41 ss.. Il mancato scioglimento non si deve solo alla situazione pandemica, ma probabilmente anche ai profili problematici che il Quirinale ha da tempo rilevato sul c.d. *Rosatellum* applicato alla nuova composizione delle Camere (cfr. A. LAURO, *La declinazione*, cit., 131), sui quali v. M. PODETTA, *Il pregio di fondo, e qualche difetto, della legge n. 51 del 2019 (in attesa comunque di una non rinviabile riforma elettorale)*, in *Nomos*, n. 2/2019, 39 ss.,

⁹² Sono rimasti fermi i ministri “strategici” (cfr. nt. 81) degli Esteri, dell’Interno, della Difesa e anche della Salute, vista la situazione pandemica. È invece cambiato il ministro dell’Economia, individuato nella persona di Daniele Franco (che aveva già lavorato con Draghi alla Banca d’Italia).

⁹³ Si pensi in particolare alla nomina di Marta Cartabia, già Presidente della Corte costituzionale, al Ministero della Giustizia, dicastero sotto la cui competenza ricade la scelta dello scottante tema della prescrizione in materia penale: v. B. CARAVITA, *Un tornado silenzioso*, in *Federalismi.it*, n. 6/2021, VIII.

⁹⁴ B. CARAVITA, *Un tornado silenzioso*, cit., VI, parla di una mossa che «non del tutto inattesa, ha comunque scambussolato il quadro politico». Cfr. anche A. D’ANDREA, *Decisioni neutrali che neutrali non sono. L’investitura del nuovo Governo*, in *laCostituzione.info*, 14 marzo 2021.

5. La possibilità di darsi nuove regole convenzionali: alcune ipotesi

A completamento di quanto discusso precedentemente e a conclusione di queste riflessioni, emerge la necessità di confrontarsi con nuove regole di natura convenzionale⁹⁵ che, in una qualche misura, diano un minimo di stabilità al sistema parlamentare italiano, limitando la discrezionalità dei protagonisti. Ciò al fine di conferire alle sue dinamiche un grado minimo di “prevedibilità”, di modo che si rafforzi il vincolo di responsabilità politica che grava sulle forze parlamentari e dunque gli elettori possano prefigurare le condotte dei loro rappresentanti e successivamente scegliere, con maggiore cognizione di causa, in sede elettorale.

Questa necessità nasce dalla configurazione del sistema politico che, già stravolto nella XVII legislatura con il definitivo superamento del bipolarismo, vede una situazione del tutto nuova rispetto al passato: oggi, per dirla in termini semplici, chiunque può governare con chiunque. Non esiste più alcuna forma di (reale) *conventio ad excludendum* e chi sceglie di stare all’opposizione lo fa per libera scelta⁹⁶, non perché obbligato da altri.

Finito da decenni il sistema bloccato senza alternativa, superata la rigidità bipolare della c.d. Seconda Repubblica, l’odierna liquidità del sistema politico (plasticamente rappresentata dalla successione delle variopinte maggioranze nella XVIII legislatura) consente di recuperare una vera flessibilità all’interno della forma di governo parlamentare, nella misura in cui non esistono “maggioranze obbligate”⁹⁷ né “maggioranze precostituite”⁹⁸ in sede elettorale. Ciò è positivo⁹⁹ e rappresenta una caratteristica nuova per la realtà politico-istituzionale italiana che la avvicina alle altre esperienze europee.

La questione critica, però, è che questa flessibilità va in qualche modo direzionata, affinché non si tramuti in un’incontrollata volatilità. Il tema della “governabilità” qui si pone come un finto problema: le Camere mostrano infine di poter diventare “governabilissime”¹⁰⁰ poiché una maggioranza di investitura, alla fine, si trova¹⁰¹.

Il vero problema è la solidità, la continuità e la coerenza dell’indirizzo politico, che non può mutare annualmente, ammettendo tutto e il suo contrario, senza passare per un voto popolare che legittimi, in linea di massima, le opzioni politiche fondamentali¹⁰².

⁹⁵ L’idea che nelle regole non scritte vadano cercate soluzioni “stabilizzatrici” del sistema di governo è classica in dottrina: v. G.U. RESCIGNO, *Ripensare le convenzioni costituzionali*, in *Politica del diritto*, n. 4/1997, 499 ss. V. anche C. LAVAGNA, *Maggioranza al governo*, cit., 194 ss. Rispetto alla possibilità di impiantare un parlamentarismo di tipo maggioritario attraverso convenzioni costituzionali cfr. A. MORRONE, *Governo, opposizione, democrazia maggioritaria*, in *Il Mulino*, n. 4/2003, 641; A. BARBERA, *Le riforme come pretesto*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2006, 759 ss.

⁹⁶ A proposito dell’unico partito all’opposizione del Governo Draghi (Fratelli d’Italia), bisogna ricordare che questo gruppo si astenne in occasione delle votazioni fiduciarie sul Governo Conte I e in quell’occasione il Presidente Conte non escludeva il successivo allargamento della maggioranza: cfr. A. LAURO, *La declinazione*, cit., 57-58.

⁹⁷ Si pensa qui al ruolo della Democrazia Cristiana, “condannata” a governare ininterrottamente dal 1948 fino al disfacimento dei partiti tradizionali, con le elezioni del 1994.

⁹⁸ Il riferimento è al “bipolarismo rigido” instauratosi con la riforma elettorale del 1993, che vedeva nell’esistenza di due coalizioni predefinite e costruite attorno all’indicazione di una guida unitaria il perno del funzionamento del sistema parlamentare italiano: v. *La rigidità bipolare del parlamentarismo italiano. Cinque anni di centrodestra*, a cura di A. D’Andrea e L. Spadacini, Brescia, 2008.

⁹⁹ Sicuramente è positiva l’alternanza al potere, impossibile nella prima fase della storia repubblicana. Ma penso che sia altrettanto positiva la possibilità di superare il “bipolarismo coatto” (P. CARETTI, *Principio maggioritario*, cit., 4) indotto da normative elettorali che hanno avuto (ed hanno) come effetto di distorcere gli esiti del voto popolare, favorendo l’aggregazione di coalizioni eterogenee e non durature solo a fini di puro calcolo strategico, e non sulla base di profili ideologici e/o programmatici. La possibilità che i partiti si confrontino con la loro forza reale nell’elettorato, per poi discutere di piattaforme programmatiche, invero di certo in maniera più lineare l’essenza della democrazia rappresentativa, oltretutto il principio di uguaglianza nel voto, su cui v. oggi D. CASANOVA, *Eguaglianza del voto e sistemi elettorali. I limiti costituzionali alla discrezionalità legislativa*, Napoli, 2020.

¹⁰⁰ Quanto alla XVII legislatura, v. A. D’ANDREA, *L’orpello della democrazia*, Brescia, 2015, 203.

¹⁰¹ Arrivando al paradosso che il fenomeno del “transfughismo”, alla fine, consente alle legislature di sopravvivere in forme e maniere imprevedibili, come accaduto nella XVII legislatura.

¹⁰² Si ripropone qui un tema antico sul rapporto fra sovranità popolare e indirizzo politico, su cui v. le autorevoli

È questo il vero interrogativo a cui dare risposta: è tollerabile una simile fluttuazione alla luce del principio democratico, che si inverte anche sotto il profilo della responsabilità politica nei confronti degli elettori¹⁰³? Sono possibili invece dei correttivi o bisogna accettare questa soluzione nell'ottica che gli attori politici godono di una incoercibile ed assoluta libertà?

Il punto non è andare alla ricerca di governi di legislatura, né di recuperare inutili irrigidimenti della forma di governo che ci siamo lasciati alle spalle. Però, il problema di come favorire in via tendenziale (non mancheranno mai le eccezioni, come si dirà *infra*), l'esistenza di un indirizzo politico di legislatura o, quantomeno di limitate variazioni sul tema, si pone, anche e soprattutto se si ha a cuore che, alla fine, tale indirizzo non provenga da istituzioni che dovrebbero mantenere un ruolo arbitrale e di garanzia dell'impianto costituzionale¹⁰⁴.

Per mettere un freno a tale dinamica, senza avventurarsi in astratte revisioni costituzionali – della cui capacità stabilizzante è lecito dubitare¹⁰⁵, salvo voler ridurre la democraticità complessiva del nostro ordinamento¹⁰⁶ – sarebbe plausibile che le forze politiche accettassero delle regole non scritte, dei criteri di orientamento istituzionale, che ne razionalizzassero i comportamenti¹⁰⁷.

Da questo punto di vista, e nell'impossibilità del sistema partitico italiano di auto-regolarsi, un ruolo fondamentale dovrebbe essere giocato proprio dalla Presidenza della Repubblica.

Se i Presidenti hanno oramai acquisito una forza loro propria che si impone ai partiti, e non più viceversa¹⁰⁸, essi si trovano nella posizione adatta per delineare questi principi non scritti, che possano essere facilmente e apprezzabilmente condivisi dalle forze politiche¹⁰⁹. Ovviamente, si pensa qui alle

riflessioni di C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 38. Il tema della riforma elettorale, evocato dall'illustre A., è sempre presente nel dibattito italiano. Allo stato, non mi pare, però, che la prevalenza proporzionale del sistema elettorale con cui si è votato per la XVIII legislatura abbia impedito di individuare un indirizzo popolare di massima, nel momento in cui i partiti premiati dal voto sono stati in grado di creare una coalizione. Così, direi, è accaduto nel caso del Governo Conte I.

¹⁰³ Una recente e sempre più consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale – in materia di bilanci degli enti locali e disavanzi pubblici – ha ricollegato il principio di responsabilità politica alla sovranità popolare consacrata dall'art. 1 Cost: v. da ultimo [sent. n. 34/2021](#) (preceduta dalle [sentt. nn. 115/2020; 4/2020; 18/2019; 228/2017](#)).

¹⁰⁴ Non ci si riferisce solo al Presidente della Repubblica, ma anche alla stessa Corte costituzionale, su cui v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, 251 ss., nonché, volendo, A. D'ANDREA, A. LAURO, *La "modulazione" delle pronunce della Corte costituzionale: quando la prudenza (apparente) fa da sponda all'indirizzo politico*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 2/2021.

¹⁰⁵ L'ipotesi di introdurre la sfiducia costruttiva – avanzata dal PD nell'attuale legislatura (cfr. il d.d.l. A.S. XVIII n. 1960, *Marcucci e altri*) e posta alla base dell'accordo di governo del secondo Gabinetto Conte – in realtà si rivela un miraggio, ove si riconosca una sorta di taumaturgica capacità stabilizzatrice a questo istituto. Da un lato, è noto che nessun Governo italiano sia caduto a causa dell'approvazione di una mozione di sfiducia. Dall'altro lato, vi sono esperienze nostrane (in particolare la Regione Valle d'Aosta, dove vari Governi regionali – a diversa base partitica – si susseguono nella stessa consiliatura, con applicazione della sfiducia costruttiva: così è avvenuto nella XV legislatura regionale, con il passaggio dalla Giunta Spelgatti alla Giunta Fosson) che dimostrano come la mutevolezza del sistema politico-partitico snaturi l'istituto o, perlomeno, ne neghi le presunte virtù stabilizzatrici. Per un'opinione contraria v. M. FRAU, *La sfiducia costruttiva*, cit., 263 ss. Mi pare, però, che il caso del Governo Conte II – dimessosi malgrado la conferma fiduciaria – sia un'ulteriore prova di come questo istituto difficilmente potrebbe avere un'efficacia stabilizzante *ex se*.

¹⁰⁶ Come era il caso del c.d. "premierato assoluto" cui aspirava la revisione costituzionale del 2005, rigettata dal voto popolare: v. per tutti L. ELIA, *La Costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, 2005.

¹⁰⁷ Si tratta di un'indicazione di metodo già presente in A. D'ANDREA, *Accordi di governo*, cit., XI: «viene da chiedersi, allora, se non sia il caso di intraprendere [...] un tentativo il cui obiettivo sia non già quello di indicare nuovi assetti istituzionali, o percorsi (o scorciatoie) che ne consentano l'introduzione nell'ordinamento, ma più, modestamente, quello di individuare nell'attuale sistema costituzionale "regole" capaci di disciplinare il più possibile "lo stare insieme" dei partiti della maggioranza, o quantomeno di contribuire a razionalizzare i rapporti che intercorrono tra il Governo e la sua maggioranza».

¹⁰⁸ D'altra parte, è quanto pare essere oramai accaduto con riguardo al potere di scioglimento delle Camere: il sistema politico ha ancora la forza di imporre i c.d. "auto-scioglimenti" al Presidente della Repubblica? Le ultime vicende fanno propendere per una risposta negativa, almeno in questa fase storica.

¹⁰⁹ A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, cit., 23-24, suggeriscono di osservare la Presidenza della Repubblica come «un elemento essenziale del gioco politico, che, al di là o talora contro le intenzioni di chi di volta in volta ne ha avuto la titolarità, ha subito le "leggi" politiche del momento e ha imposto regole di comportamento

crisi di governo e all'utilizzo dei poteri presidenziali in tali fasi: il Capo dello Stato dovrebbe anzitutto disciplinare *se stesso* e ciò avrebbe immediati riflessi sulle condotte degli attori politici¹¹⁰, senza che debba formarsi un accordo – ancorché tacito – fra il primo ed i secondi nel delineare tali regole.

Si apre allora un vasto universo, aperto alle più disparate ipotesi. Alcuni esempi, però, possono essere fatti proprio avendo alla mente le vicissitudini fino a qui sperimentate dalla XVIII legislatura.

In primo piano si pone il potere di nomina del Presidente del Consiglio e del Governo ex art. 92 Cost.: qui, ad esempio, a seguito delle elezioni i Presidenti della Repubblica dovrebbero indirizzare i loro primi sforzi per creare un governo attorno al partito di maggioranza relativa.

Una volta formata la coalizione di governo (che potrebbe anche non contenere il partito di maggioranza relativa, se questi non fosse in grado di concludere un accordo con altri) bisognerebbe conseguentemente insistere affinché guidi il governo il *leader* del partito maggioritario all'interno della stessa¹¹¹, avendo riguardo, nel conferimento dell'incarico, non solo all'art. 94 Cost. e alla necessità di ottenere la fiducia, ma anche all'art. 95 Cost. quanto al ruolo, non meramente di mediazione¹¹², del Presidente del Consiglio, nonché alla capacità dei Ministri nominati di assumersi la responsabilità collegiale dell'attività di governo. Se si adotta questa prospettiva, sfuma (senza scomparire) il problema dei rimpasti ministeriali, che non possono di per sé essere preclusi. Però, tenuto fermo il quadro coalizionale, sarà sempre chiaro chi dovrà guidare il governo (il leader del partito coalizzato maggioritario) e attorno a questa certezza si ragionerà, eventualmente, di sostituzioni ministeriali singole o più consistenti¹¹³.

Per quanto riguarda le dimissioni del Governo, la parlamentarizzazione della crisi – quantomeno sotto l'aspetto di comunicazioni alle Camere da parte del Presidente del Consiglio, a prescindere da una successiva votazione di carattere fiduciario – dovrebbe divenire una regola di massima non derogabile¹¹⁴, salvo ove ciò fosse oggettivamente impossibile (morte o impedimento del Presidente del Consiglio) o ripetitivo di una crisi già maturata in Parlamento, anche se non con un voto di sfiducia in senso proprio¹¹⁵. Questa regola è stata invece elusa nel corso della XVII legislatura (dove le crisi

ineludibili per sé, per gli altri e persino per i successori».

¹¹⁰ Cfr. M. TEBALDI, *Poteri e prassi del Presidente della Repubblica nel sistema politico italiano. Interpretazioni dell'esperienza maggioritaria*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, n. 11, 2011, 423, il quale parla espressamente del Presidente della Repubblica come «regolatore di procedure», tramite anche l'*autoregolazione*.

¹¹¹ Così A. D'ANDREA, *Accordi di governo e regole di coalizione. Profili costituzionali*, Torino, 1992, 68, rilanciando una tesi che in precedenza era stata negata da una parte della dottrina (L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., 200-201).

¹¹² A. D'ANDREA, *La pervasiva vischiosità della politica italiana: la contraddizione costituzionale del "governo del cambiamento" e il suo superamento*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, 1 ss.

¹¹³ Dunque, ove si ponga la necessità di una compagine ministeriale rinnovata, dovrà tenersi fermo il nome del Presidente del Consiglio se questi ancora rappresenta la guida del partito maggioritario. In questo senso, allora, il mantenimento dell'unità di indirizzo politica prevista dall'art. 95, comma primo, Cost. assume una connotazione diacronica nell'eventuale successione di governi diversi nella legislatura e rivela una virtualità normativa riferibile non solo all'attività governativa, ma anche alla procedura di formazione del Ministero.

¹¹⁴ Contrario ad un obbligo di parlamentarizzazione della crisi è M. VILLONE, *Art. 94*, cit., 268 ss. A. RUGGERI, *Le crisi di governo*, cit., 100 traccia una distinzione fra parlamentarizzazioni vietate, lecite, necessarie e opportune, ascrivendo la responsabilità di queste scelte alla valutazione del Presidente della Repubblica. L'A. sottolinea (101) l'esistenza di «un'esigenza di fondo, di diretta ispirazione dal principio democratico, che [...] sta a base ed anima la decisione (da chiunque sia sostanzialmente assunta, dal Capo dello Stato, come pure, eventualmente, dallo stesso Governo) di "parlamentarizzare" la crisi: di coinvolgere, in un modo o nell'altro e in maggiore o minore misura, nella sua soluzione anche i rappresentanti della Nazione e, per loro tramite, la comunità tutta».

¹¹⁵ Un esempio potrebbe essere rappresentato dalla bocciatura del bilancio o del rendiconto generale dello Stato da parte delle Camere (come avvenuto nel caso del Governo Berlusconi IV). In questo caso è chiaro che, pur al di fuori delle procedure espressamente previste, il Parlamento esprime una chiara valutazione negativa sull'operato del Governo, amministratore delle finanze pubbliche. Un altro caso di parlamentarizzazione "inutile" (e quindi evitabile) si avrebbe allorché una Camera concedesse l'autorizzazione ex art. 96 Cost. nei confronti del Presidente del Consiglio in carica e questi si dimettesse. Viceversa, in caso di bocciatura di un decreto-legge, sebbene nell'art. 77 Cost. esistano margini di interpretazione che sosterebbero la tesi delle necessarie dimissioni (d'altra parte il Governo adotta l'atto *sotto la sua responsabilità*), sarebbe più appropriata una verifica parlamentare, proprio perché il decreto d'urgenza segue (teoricamente) situazioni di necessità contingenti, che possono essere variamente affrontate e interpretate dalle forze parlamentari. Diversamente dalla legge di bilancio e dal rendiconto generale dello Stato, dunque, non si ricollega

si sono originate per scelte ascrivibili alle decisioni dirigenziali interne al partito di maggioranza relativa). Nella legislatura in corso la crisi del Governo Conte I ha avuto un chiaro passaggio parlamentare – non culminato in un voto fiduciario – mentre nel caso della crisi del 2021 le dimissioni sono arrivate malgrado una votazione fiduciaria positiva, come si è già criticamente analizzato in precedenza.

Di assoluto rilievo sono poi il potere di scioglimento anticipato ex art. 88 Cost. e la sua interpretazione, in passato invalsa nel senso di un impedimento al Presidente della Repubblica di dissolvere le Camere in presenza di una (qualsivoglia) maggioranza¹¹⁶. Un'interpretazione – a dire il vero – nata *contro* la pretesa di scioglimenti immediati da parte di Presidenti del Consiglio che si ritenevano eletti direttamente dal popolo, grazie a meccanismi elettorali di tipo maggioritario¹¹⁷, e che dunque necessita di una “rivisitazione” alla luce del mutato quadro politico indotto da un sistema prevalentemente proporzionale¹¹⁸.

In caso di crisi dovute alla rottura dei patti nati dalla costruzione di coalizioni di governo post-elettorali¹¹⁹ e che sanciscano il venir meno della fiducia parlamentare¹²⁰, il Presidente della Repubblica dovrebbe prediligere la via delle elezioni anticipate non come eccezione, come *extrema ratio*¹²¹ da considerarsi un fallimento della Repubblica, ma come regola tendenziale che, pur evitando automatismi assoluti, in una qualche misura renda politicamente “sanzionabili”, in maniera effettiva, quelle parti che sono state sleali fra loro o incapaci di offrire una guida al Paese¹²². È chiaro che, anche in questo singolo frangente, la casistica può essere vasta¹²³: però, se si fissassero delle regole

all'esplicazione fisiologica e permanente (nonché periodicamente controllata) dell'attività amministrativa e, peraltro, la norma costituzionale già individua gli effetti della bocciatura parlamentare dell'atto (la decadenza retroattiva).

¹¹⁶ È la c.d. “dottrina Scalfaro”; v. S. CECCANTI, *La forma neoparlamentare di governo alla prova della dottrina e della prassi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2002, 117

¹¹⁷ Cfr. M. GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale*, cit., che riporta le esternazioni relative allo scioglimento anticipato dei Presidenti Scalfaro (129), Ciampi (191) e Napolitano (262), concordi nel rigettare idee di scioglimenti automatici che non passassero per un'attività valutativa del Capo dello Stato. Quest'interpretazione si è perfettamente consolidata nella Presidenza Mattarella, in particolare nella crisi di agosto-settembre 2019.

¹¹⁸ Sul rapporto fra sistema elettorale e potere di nomina governativa v., da ultimo, F.R. DI MARTINO, *Il Presidente della Repubblica e il potere di nomina del Presidente del Consiglio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, 71 ss.

¹¹⁹ Tale rottura dovrebbe comunque cristallizzarsi in sede parlamentare, come già sostenuto rispetto alla “parlamentarizzazione” della crisi.

¹²⁰ La precisazione è d'obbligo, poiché potrebbe accadere che fuoriesca dalla coalizione un partner di minoranza non determinante ai fini della maggioranza parlamentare oppure che si consumi una scissione interna ad un partito che consenta la prosecuzione dell'esperienza di governo (come è accaduto nel caso del Governo Letta, con la scissione fra Forza Italia e Nuovo Centrodestra, dinanzi alla quale il Presidente Napolitano ritenne doveroso un voto parlamentare di conferma al Governo).

¹²¹ Tale interpretazione è invero classica di una parte della dottrina: v. L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., 208. Ed a questa è apparso aderire il Presidente Mattarella in più occasioni (già nel 2016, ma poi anche nel 2018 ed infine nel 2021). In senso contrario, v. le limpide considerazioni di V. ONIDA, *Recenti sviluppi della forma di governo in Italia: prime osservazioni*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/1981, oggi in ID., *Idee in cammino*, cit., 521, il quale parla di una «perdurante percezione da parte delle forze politiche di una certa “drammaticità” dello scioglimento, visto come evento traumatico e causa di lacerazioni. Ciò si spiega certo anche col rilevato carattere non decisivo della consultazione elettorale, nonché con l'incertezza delle prospettive in cui le forze maggiori si muovono o sono costrette a muoversi, e con l'obiettivo difficoltà di trovare nuovi equilibri. Ma indubbiamente tale percezione “drammatica” concorre ad oscurare in qualche modo il senso primo del ricorso alle urne, che nella logica del regime parlamentare dovrebbe rappresentare lo strumento per consentire al corpo elettorale di esercitare il suo ruolo di decisione ultima sugli indirizzi e sugli equilibri politici, concorrendo così ad accrescere il tasso di democraticità, oltre che la flessibilità, del sistema, secondo l'intento ben chiaro ai Costituenti allorché rifiutarono di frapporre sensibili limiti all'esercizio del potere di scioglimento».

¹²² D'altra parte, la dissoluzione delle Assemblee resta l'unica, vera arma in grado di riportare le forze politiche a più miti consigli in situazioni di emergenze nazionali che mal tollerano i calcoli politici legati alle crisi di governo. Anche nel corso della crisi del 2021, questa circostanza è stata sottolineata da R. BIN, *Se Mattarella perdesse la pazienza...*, in *laCostituzione.info*, 30 gennaio 2021.

¹²³ Non pare però corretto (né utile) rinunciare in principio a formulare dei criteri generali di orientamento, solo perché i casi della vita politica e istituzionale di una Nazione possono essere vari e diversi: come detto anche nel testo, il fatto che esistano (e sempre esisteranno) eccezioni, non può significare la rinuncia a regole che disciplinino l'*id quod plerumque accidit*. In questa prospettiva, nemmeno sembra auspicabile, in ogni contesto di crisi politica e/o governativa, andare alla ricerca di elementi differenziali per giustificare il distacco da eventuali regole di carattere generale. È chiaro,

chiare – e se le si applicasse conseguentemente – ecco che i casi limite potrebbero realmente divenire tali e trasformarsi in eccezioni cui rispondere *una tantum*, smettendo di essere, all'inverso, epifenomeni di una flessibilità della forma di governo italiano che viene ridotta ad una totale assenza di regole¹²⁴.

A ben guardare, nel passaggio fra il primo e il secondo Governo Conte una qualche utile indicazione di metodo è venuta dal Capo dello Stato: l'individuazione di un nuovo accordo di governo si è reso possibile sol perché il partito di maggioranza relativa aveva subito la rottura da parte dell'alleato di minoranza¹²⁵ e si proponeva come traino di una nuova coalizione (peraltro già ipotizzata dallo stesso Presidente della Repubblica a seguito delle elezioni) che riuniva il primo ed il secondo partito in termini di consensi elettorali, dopo aver identificato dei punti comuni ai programmi politici delle due principali forze. Nata questa coalizione, che conservava una sua "legittimazione rappresentativa"¹²⁶, il fallimento della relativa esperienza di governo avrebbe dovuto sancire anche il termine anticipato della legislatura. La crisi pandemica¹²⁷ ha poi distolto il Capo dello Stato da questo intendimento, che pure era trasparito dal Quirinale nei mesi precedenti¹²⁸.

Tuttavia, riaffermare questo modello è importante: se lo scioglimento anticipato delle Camere connesso al fallimento della prima coalizione di governo formatasi nella legislatura dovrebbe essere la regola ultima a cui tendere¹²⁹, è anche vero che essa è del tutto estranea alla cultura politico-istituzionale italiana¹³⁰, essendosi concretizzata in una sola legislatura¹³¹, in condizioni peraltro artefatte¹³². Dunque, che il Presidente della Repubblica verifichi l'esistenza di una seconda maggioranza alternativa, costruita secondo un criterio di conservazione di una legittimazione

infatti, che non esisteranno mai delle situazioni storiche "identiche" fra loro in tutto e per tutto, ma l'attività di *distinguishing* dovrebbe essere recessiva rispetto all'individuazione di quegli elementi comuni che si ripresentano di volta in volta (esisterà sempre un risultato elettorale – almeno originario – cui fare riferimento; esisterà sempre un partito di maggioranza relativa, salvo l'improbabilissimo caso della parità dei seggi) e che autorizzano l'applicazione di una regola generale.

¹²⁴ La "flessibilità" del regime parlamentare è una sua caratteristica strutturale, per la quale le regole proprie di questo tipo di governo funzionano in contesti sociopolitici diversi, con sistemi elettorali e partitici differenti. Ergo, non si può dire che esista un "principio di flessibilità", in base al quale ogni legislatura deve poter esprimere tutte le combinazioni di maggioranza possibili e conseguentemente Governi di segno opposto. Cfr. V. ONIDA, *Riforme istituzionali: rafforzare la rigidità della Costituzione, salvaguardare la flessibilità del modello parlamentare*, in *astrid-online.it*, 2008, oggi in ID., *Idee in cammino*, cit., 649: «Il regime parlamentare, appunto perché flessibile, più flessibile di ogni altro, può funzionare bene con un sistema nettamente bipartitico, e può funzionare altrettanto bene con un sistema pluripartitico; può funzionare con un sistema elettorale tendenzialmente proporzionalistico, e altrettanto con un sistema prevalentemente maggioritario: purché non venga meno quella condizione, preliminare appunto, che consiste nel fatto che l'esecutivo ed il suo capo sono espressione della maggioranza e della sua legittimazione rappresentativa».

¹²⁵ Del resto, era chiaro che con la rottura del patto di coalizione la Lega tentasse di imporre il ritorno alle urne per avvantaggiarsi del risultato elettorale conseguito alle elezioni europee del 2019. Da questo punto di vista, appare del tutto legittima la resistenza del Presidente della Repubblica ad abbandonare il destino della legislatura ad una scelta fatta da una parte addirittura minoritaria all'interno delle Camere.

¹²⁶ V. ONIDA, *Idee in cammino*, cit., 649.

¹²⁷ Sul precedente emergenziale nel 2011, quando la crisi finanziaria indusse il Presidente Napolitano a non decretare lo scioglimento, ma a nominare il Governo Monti v. A. APOSTOLI, *A proposito di scioglimento anticipato delle Camere. Elementi di continuità pur in presenza di un sistema politico ormai destrutturato*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, 1 ss.

¹²⁸ Cfr. M. BREDI, *Il Quirinale: in caso di crisi, governo elettorale per arrivare fino a settembre*, in *Corriere della sera*, 16 febbraio 2020.

¹²⁹ Se l'idea che la dissoluzione della prima coalizione formatasi in Parlamento (che, essendo quella più prossima al voto popolare, dovrebbe incarnare meglio lo spirito) comporta di norma anche lo scioglimento anticipato si radicasse nella cultura politica italiana, è probabile che col tempo si arrivi a coalizioni più durature.

¹³⁰ Cfr. ancora V. ONIDA, *Idee in cammino*, cit., 521.

¹³¹ Cioè nella XV legislatura, con la crisi del Governo Prodi II a seguito del rigetto della fiducia da parte del Senato, il 24 gennaio 2008.

¹³² Anzitutto, le elezioni si svolsero con il sistema della legge n. 270/2005 e con amplissime coalizioni per ottenere il premio di maggioranza, poi dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la celeberrima [sent. n. 1/2014](#). In secondo luogo, la magistratura ha accertato in via definitiva – anche se con una pronuncia di proscioglimento per intervenuta prescrizione – fenomeni di corruzione dei parlamentari nell'intento di erodere la maggioranza di centrosinistra (di per sé, già assai disomogenea) a sostegno del Governo Prodi II: Cass. Pen., Sez. VI, 11 settembre 2018 (ud. 2 luglio 2018), n. 40347 (c.d. "caso De Gregorio").

rappresentativa¹³³, è un'operazione coerente con la libertà politica delle Camere, che si traduce in una sorta di *ius poenitendi* dei gruppi politici.

Nondimeno, se il diritto ad un ripensamento appare lecito, non pare invece né opportuna, né conforme al principio di responsabilità politica la rincorsa a tutte le possibili combinazioni parlamentari¹³⁴, tanto più ove si registrassero molteplici e consistenti casi di transfughismo, con notevoli modifiche degli assetti interni al Parlamento rispetto a quelli immediatamente successivi alle elezioni generali.

Insomma, per prendere a prestito un'espressione della giurisprudenza amministrativa, la regola dovrebbe essere quella del “*one-shot* temperato”¹³⁵: saltata la prima coalizione di governo, una seconda resta ammissibile, ma va attentamente valutata dal Capo dello Stato alla luce di tutte le circostanze di fatto che ne garantiscano non solo, e non tanto, la viabilità numerica, ma anche la coerenza e la consistenza programmatica¹³⁶, in un'ottica temporale che copra il residuo della legislatura¹³⁷. In definitiva, sulle forze politiche graverebbe l'onere di rovesciare una presunzione relativa che vedrebbe nello scioglimento anticipato la soluzione preferibile, dunque la regola e non l'eccezione.

E, per restare nelle eccezioni, bisognerebbe chiarire le condizioni, i casi e i modi nei quali il Presidente della Repubblica sceglie di adottare una propria iniziativa per la formazione del governo, in autonomia rispetto ai partiti politici rappresentanti in Parlamento¹³⁸. Da un lato, sostenere l'illegittimità di siffatte iniziative significherebbe dimenticare la storia repubblicana sin dai primordi¹³⁹ e adottare un'interpretazione costituzionale che la contraddice in maniera quasi radicale. Dall'altro lato, però, anche qui occorrerebbero dei criteri circa la funzione, la durata, la scelta della guida e dei componenti di Governi nati sotto gli auspici del Presidente. È chiaro infatti che un conto è dar vita ad un governo di scopo, con un orizzonte temporalmente molto chiaro e limitato, affidato ad una personalità indipendente; e, se le forze politiche non volessero farsi carico di questo obiettivo predefinito¹⁴⁰ (ad esempio accettando che si formi un governo attorno ad uno dei Presidenti delle

¹³³ Il che implica, al momento di soppesare l'opportunità della continuazione della legislatura o dello scioglimento anticipato, anche una certa attenzione al proliferare di forze parlamentari che non si siano presentate dinanzi agli elettori.

¹³⁴ Come ha rilevato A. LUCARELLI, *Il modello dualista*, cit., III-IV, il Presidente Mattarella ha operato secondo «un progetto, ovvero la governabilità *a tutti i costi* da cercare in Parlamento, mortificando gli elettori che si sono trovati, a partire dal Conte 1, dinanzi ad un Governo sostenuto da maggioranze, ben lontane dagli intenti elettorali e dai progetti originari delle forze politiche in campo. Fissato l'obiettivo, ovvero evitare le elezioni anticipate ed assicurare al Paese un governo, il Presidente della Repubblica ha *giocato*, a seconda delle circostanze, ruoli diversi: ora assecondando le forze in gioco, ora promuovendo un suo progetto, il tutto *colorito* dalla latitanza dell'organo legislativo» (enfasi dell'A.). Sulla circostanza che non tutte le combinazioni matematiche possano essere valutate come possibili soluzioni di coalizione v. ancora G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, cit., 76 ss.

¹³⁵ V. C.d.S., sez. III, 14 febbraio 2017 n. 660: «Si denomina *one shot* temperato il principio, affermato da costante giurisprudenza, per cui l'amministrazione, dopo aver subito l'annullamento di un proprio atto, può rinnovarlo una sola volta, e quindi deve riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza potere in seguito tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati».

¹³⁶ A. RUGGERI, *Le crisi di governo*, cit., 109 ss., ritiene che il Capo dello Stato debba «esperire gli opportuni accertamenti» per risolvere la crisi, accertamenti che devono riguardare anche gli accordi di governo, con un «raffronto fra le “ragioni” che, a suo tempo, hanno accompagnato e sorretto la manifestazione della volontà di rottura del vincolo fiduciario coi contenuti che i *partners* di governo si prefiggono di dare all'indirizzo *in fieri*» (112).

¹³⁷ G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, cit., 109, riconosce in capo al Presidente della Repubblica nel corso delle consultazioni sostanzialmente due tipi di scelta che si riconducono alla constatazione di condizioni di segno opposto: «quelle che consentono alla coalizione di potersi ricostituire, quelle che autorizzano la previsione che una nuova formula organizzativa delle forze parlamentari sta per essere realizzata e che perciò la dinamica dell'ordinamento sarà assicurata dall'indirizzo che una nuova coalizione si riprometta di perseguire».

¹³⁸ L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., 201 ritiene ammissibili i governi “del Presidente” o “tecnici”, che «per quanto necessari qualora le forze politiche rinuncino ai loro compiti propositivi o quando si renda altrimenti indispensabile che lo stesso Presidente funga da fattore di coagulazione, devono sottostare ai principi informativi dell'art. 94 Cost.».

¹³⁹ A partire dall'esperienza del Governo Pella, nominato dal Presidente Einaudi nel 1953, senza indicazioni da parte dei partiti e senza nuove consultazioni: v. A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, cit., 60-61.

¹⁴⁰ Mentre l'interpretazione delle regole può avere un suo consolidamento affinché diventino un minimo prevedibili nel loro esplicarsi, l'individuazione degli scopi da affidare ad un governo non semplicemente *nominato*, ma anche *voluto*

Camere o ad un autorevole esponente politico), la scelta dovrebbe ricadere su una personalità istituzionale che possa rispecchiare una posizione di terzietà assoluta rispetto alla dialettica partitica¹⁴¹. Tutt'altra cosa è individuare un Esecutivo chiaramente orientato nel suo profilo ideologico, cui si affidano compiti riformatori molto estesi e magari per un periodo di tempo superiore a quello dei governi politici che nella medesima legislatura l'hanno preceduto¹⁴².

E, come filo rosso di questi orientamenti, dovrebbe porsi la più scrupolosa sensibilità e il rispetto attento nei confronti della sovranità popolare, esternata nelle elezioni generali¹⁴³. È indubbio che, allontanandosi temporalmente dal momento elettorale, la volontà popolare “sbiadisce” e al Capo dello Stato si aprano margini di discrezionalità molto più forti nel mezzo della legislatura che non al suo principio. Eppure, come rappresentante dell'unità nazionale, al Presidente della Repubblica spetta il compito, tutt'altro che semplice, di farsi “interprete autentico” della volontà popolare e le sue scelte, anche a distanza di tempo dalla manifestazione di quest'ultima, non possono non salvarle almeno una scintilla. Di conseguenza, l'impossibilità di trovarla rende imprescindibile ottenere una nuova espressione del sovrano. Pure in questo caso è ben più facile affermare un principio teorico, che non darne una realizzazione pratica. Nondimeno, alcuni criteri si possono individuare, a partire – come già evocato anche in precedenza – dalla collocazione e dalla condotta del partito di maggioranza relativa che, se ha precedentemente accettato di formare una coalizione di governo e come tale si tramuta nel “perno” politico della legislatura (in conformità agli orientamenti del corpo elettorale), non può ritrovarsi all'opposizione¹⁴⁴ per effetto di azioni del Capo dello Stato.

Insomma, nelle mani del Presidente della Repubblica (a partire da chi sarà eletto nel febbraio 2022) riposa non solo la grande responsabilità della carica, ma anche la possibilità di contribuire, oggi, ad una razionalizzazione – se non del parlamentarismo italiano in senso lato – delle condotte dei soggetti politici¹⁴⁵. L'auspicio che si potrebbe formulare, quindi, è che il Capo dello Stato non si faccia garante di un confuso *status quo*, che espone le istituzioni repubblicane all'equilibrio di “avventurieri” della politica, ma possa e voglia – nei limiti di quanto sostenuto – promuovere una nuova fase in cui vengano in risalto la limpidezza dei passaggi, nella nascita e nella fine degli Esecutivi, e la valorizzazione della responsabilità dinanzi al corpo elettorale dei detentori di cariche politiche. A tal

dal Presidente della Repubblica resta materia di assoluta discrezionalità di quest'ultimo. Possono esistere scopi di natura prettamente istituzionale che si confanno maggiormente ad una visione di garanzia della funzione presidenziale (es. chiusura della sessione di bilancio, svolgimento di un referendum abrogativo che verrebbe rinviato, organizzazione di un turno elettorale) e scopi invece più marcatamente politici nella loro sostanza (es. l'approvazione di una riforma già in discussione o ancora da introdurre in Parlamento, ma considerata indifferibile).

¹⁴¹ Nelle Costituzioni che codificano l'ipotesi dei “governi tecnici” si indica precisamente la scelta dei ministri fra gli alti funzionari dello Stato: l'art. 37, comma 3, della Costituzione greca fa riferimento – in via alternativa – ai Presidenti delle varie Corti Supreme per guidare governi di chiara natura elettorale. Allo stesso modo, l'art. 71 della Costituzione austriaca prevede la nomina di alti dirigenti (*leitender Beamter*) dei Ministeri ove occorra sostituire governi dimissionari. In Austria, nel giugno 2019 il Presidente Van der Bellen – dopo la sfiducia al primo Governo Kurz – ha nominato come cancelliera la Presidente della Corte costituzionale, Brigitte Bierlein, per guidare un governo di transizione che organizzasse e gestisse le successive elezioni politiche, svoltesi alla fine di settembre. Il mandato del Governo Bierlein terminò con il giuramento del secondo Governo Kurz, nel gennaio 2020, nato a seguito di un accordo fra il Partito popolare ed i Verdi.

¹⁴² Ha notato V. ONIDA, *Un governo tecnico unico per la prospettiva di durata*, in *Corriere della sera*, 17 febbraio 2021, che il Governo Draghi si “candida” (in assenza di crisi di governo o di elezioni anticipate) a durare per ben 27 mesi (dal febbraio 2021 alla fine naturale della legislatura).

¹⁴³ Sulla necessità che le scelte effettuate dal corpo elettorale trovino una corrispondenza nella struttura del Governo cfr. A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Milano, 1973, 23, nonché C. ROSSANO, *Partiti e Parlamento nello Stato contemporaneo*, Napoli, 1972, 230.

¹⁴⁴ In occasione della formazione del Governo Monti, il Presidente Napolitano sottolineò che lo schieramento “vincitore” delle elezioni del 2008 avrebbe partecipato in modo significativo alla nascita della nuova maggioranza: v. il comunicato dell'11 novembre 2011 e le osservazioni di F. GIUFFRÈ, *Profili evolutivi del Presidente della Repubblica tra «garanzia passiva» e «attivismo garantista»*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, *Il presidente della Repubblica. Frammenti di un settennato*, Torino, 2012, 15. Credo che vadano invece escluse valutazioni presidenziali sugli “umori del Paese”, variamente espressi da sondaggi o elezioni a portata locale.

¹⁴⁵ Sarebbe auspicabile che, in occasione dell'apertura delle crisi di governo, il Presidente della Repubblica enunci quali criteri lo guideranno non solo nella risoluzione della crisi immediata, ma anche in caso di crisi successive (e in particolare ove venga meno la soluzione politico-istituzionale individuata per risolvere la crisi di partenza).

fine potrebbe persino essere opportuno che il Capo dello Stato esplicitasse *ex ante*, almeno in senso lato, le linee guida circa i propri intendimenti di “prossimità” con le componenti politico-parlamentari e non si limitasse tanto (o almeno, non solo) a giustificare *ex post* questa o quella sua iniziativa. Ad esempio, potrebbe farlo nel momento stesso nel quale assume l’alto ufficio cui è chiamato dall’organo parlamentare, chiarendo a quali condizioni, in caso di crisi di governo, riterrà fattibile la prosecuzione della legislatura o, all’opposto, giudicherà necessario il ritorno alle urne.

Pierdomenico Logroscino
Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti.
Note in tempo di pandemia* **

ABSTRACT: *The complexity of the art government is made more evident than ever by the pandemic. Even in politics, technique is indispensable. The responsibility for selecting high quality politicians lies with the parties, but experience shows that they don't do it. Wrong choices – not measured in terms of skills and competences in government – are among the main causes of the political system's delegitimization. A law on parties could be one of the right ways to respond.*

SOMMARIO: 1. Complessità e governo democratico tra esigenze e demagogia. – 2. Il politico come tecnico della decisione e del consenso: una lezione di Guarino sempre attuale. – 3. “*The right man in the right place at the right time*”: una necessità anche (anzi prima) per i ruoli politici. Su un compito costituzionale negletto dei partiti. – 4. I partiti tra delegittimazione (grave, risalente, progressiva) e persistenza (ma non senza limiti) del potere. – 5. Una legge-quadro *sui* (e *per* i) partiti: riaprire il flusso con la società, riqualificare la classe politica, rilanciare la democrazia e il Paese.

1. *Complessità e governo democratico tra esigenze e demagogia*

La pandemia ha acceso un riflettore nuovo e assai potente sul tema classico, anzi si direbbe perenne, dell’*arte* del governare. Tema che in generale mostra problematicità inedita nello Stato costituzionale di diritto contemporaneo¹, in ragione: delle dimensioni (in senso spaziale, ma soprattutto demografico) generalmente ampie; dell’ontologica complessità sociopolitica dell’ordine pluriclasse²; del carattere tecnologico che continua a crescere insieme alla progressiva tecnologizzazione della società dovuta al geometrico avanzamento delle scienze e delle loro applicazioni; dell’interconnessione *di fatto* (per l’accelerazione, la semplificazione, la moltiplicazione delle relazioni umane e degli impatti antropici) e conseguentemente, ma anche correlatamente, *di diritto*³.

Ciascuno di questi aspetti e il loro prodotto costituiscono ragioni di una complessità che appare *qualitativamente* nuova. Ciascuno e, di più, tutti insieme pongono a chi è chiamato a governare problemi tanto gravi da risultare in buona parte irrisolvibili; nel tempo breve per certo⁴. Ma poiché la politica è in questi anni sempre più declinata sul “presentismo”, rilevante finisce per essere (quasi) solo ciò che è nel breve; mentre di ciò che potrebbe essere e persino di ciò che (assai probabilmente) sarà si infiorano i discorsi alla bisogna, senza però farsene vera preoccupazione⁵. Del resto, quello che accadrà nel futuro di *tempo intermedio* non ha certo effetto sul consenso che

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

** Lo studio riprende e sviluppa, con originali svolgimenti, alcune delle riflessioni che l’autore ha proposto in P. LOGROSCINO, M. SALERNO, *Il metodo democratico nei partiti e la centralità “in ombra” dell’output legitimacy*, in [DPCE on line](#), 1-2021.

¹ Tale espressione mette in evidenza i caratteri strutturali e istituzionali più che quelli ideologici della forma di Stato che si è consolidata a partire dal secondo dopoguerra nella grande maggioranza degli ordinamenti europei; R. TONIATTI, *Il principio non-maggioritario quale garanzia della forma di Stato costituzionale di diritto in Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4-2020, 1155 ss.

² Per utilizzare la notissima e assai fortunata formula elaborata da M.S. GIANNINI sin dagli anni ‘60, progressivamente affinata e definitivamente messa a punto in *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986.

³ Sul tema certamente S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009, sulla cui scorta L. CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, il Mulino, 2018, ma v. anche E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, il Mulino, 2020.

⁴ A. RUGGERI, [Mutamenti di contesto politico-istituzionale, progresso scientifico e tecnologico, teoria della Costituzione \(con specifico riguardo al punto di vista della Consulta\)](#), in questa [Rivista](#), 2020/I, 137 ss.

⁵ In tema, di recente, 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, Torino, Giappichelli, 2019, spec. § 4.

garantisce il potere nel *tempo breve* della politica-tattica (l'unico rilevante per quella che si usa dire *politique politicienne*).

In questa prospettiva si spiega perché solo nelle fasi in cui complessità *straordinarie*⁶ richiedono di essere improcrastinabilmente governate (giacché le soluzioni tampone di “mero buon senso”⁷ riescono, al più, a farvi fronte appena nell'immediato e per solito ammassano ulteriori fattori dannosi che iniziano ben presto a scaricare i loro effetti) il tema della capacità di governare, ossia della tecnica del politico o della tecnica *in politica*, riesce a controbilanciare e talvolta persino a far premio sulle parole d'ordine e sui vizi (*in primis* logici) dell'egalitarismo demagogico. Quello per cui “uno varrebbe comunque uno” anche dinanzi a problemi molto complessi (sebbene *ordinari*), ciò in quanto la democrazia, come governo *dal*⁸ popolo, si sostanzierebbe nel principio per cui ciascun appartenente al popolo, purché abbia consenso diretto o indiretto, possa governare tutti i più intricati interessi del popolo, indipendentemente dalle attitudini, dalle capacità, dai saperi, dalle esperienze⁹. Che questa sia una banalità, però abilmente mistificante¹⁰, lo dimostra già l'aforisma di Abraham Lincoln¹¹, il cui valore, peraltro, sta nell'impeto stilistico e nell'afflato poetico, non nella caratura concettuale, poiché in effetti «non si lascia mai afferrare con precisione: non stringe, non conclude»¹². In esso, infatti, la democrazia non è solo governo «*of the people*» e «*by the people*», ma insieme «*for the people*»: un governo, dunque, chiamato a soddisfare gli interessi (non solo le istanze) degli appartenenti alla comunità politica. Si noti, di tutti gli appartenenti: quelli che sono, certo, ma anche quelli che saranno. Delle generazioni presenti *e di quelle future*, nei cui confronti la responsabilità politica – il dovere, dunque – è ancor più grande, perché quelli che ancora non sono non possono far valere da sé i propri “diritti”: non votano né possono adire un giudice e neppure protestare¹³.

Sul punto è di rara nitidezza il richiamo formulato da Antonio Ruggeri nel riflettere sulla gestione delle immani necessità prodotte dalla pandemia¹⁴, ma che ha evidente portata generale: il sostegno a chi subisce gli effetti più duri delle crisi è indispensabile nell'interesse di questi – che il principio solidaristico rende di fondamentale rilievo collettivo – e anche per la tenuta complessiva, *nel tempo*, della comunità politica. Ma per finanziarlo non si possono utilizzare “solo”¹⁵ risorse da debito pubblico. *In primis* è per ragioni etiche che non si può porre il peso tutto (o comunque oltre il necessario) a carico di chi non ha ancora voce, per non chiedere a chi è colpito meno, ma voce ce

⁶ ... o – per riprendere la proposta classificatoria di A. RUGGERI – del tempo straordinario (*Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in questa *Rivista*, 2021/I, spec. 142).

⁷ ... quand'anche questo ci sia, il che non si può dare per scontato.

⁸ ... più che “*del*”, perché «*of the people*» sembra individuare nel popolo l'oggetto del governo, mentre è «*by the people*» che esprime l'autogoverno. Ciò emerge in termini anche più chiari nel [messaggio rivolto al Congresso il 4 luglio 1861](#) (ove la democrazia è definita «*a government of the people by the same people*» (enfasi non testuale).

⁹ Diffusa è la confusione dell'arte del governare con quella del guadagnarsi voti e diffuso è il disprezzo ostentato per la competenza; se ne duole, sottolineandone l'effetto lesivo sulla qualità della democrazia, S. CASSESE, ora in *Una volta il futuro era migliore. Lezioni per invertire la rotta*, Milano, Solferino, 2121, 56 ss.

¹⁰ Perché capace di dare l'impressione di annullare le differenze *d'emblée*. Il che – è appena il caso i ricordarlo – non è affatto nello spirito della Costituzione. Essa, al contrario, prescrive l'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli economici e sociali che si frappongono al pieno sviluppo della persona, delle sue capacità, dunque, che si rivelano nel connubio di talenti e impegno.

¹¹ ... che chiude il breve e notissimo [Gettysburg Address](#) del 19 novembre 1863.

¹² G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, ed. agg., Milano, BUR, 2011, 31.

¹³ Sul punto e segnatamente sulla capacità dei concetti giuridici di “diritto” e “responsabilità” di avere uno spazio di valenza anche con riferimento agli interessi delle generazioni future A. D'ALOIA, *Generazioni future* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, Agg., IX, 2016, spec. 344, 374 ss., in confronto dialettico a distanza con la tesi espressa da M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2008, 166 ss.

¹⁴ [L'emergenza sanitaria, la solidarietà dimezzata e... l'uovo di Colombo](#), in questa *Rivista*, editoriale del 26 febbraio 2021.

¹⁵ ... in termini sostanziali; si potrebbe forse dire: “oltre l'indispensabile”, ma non se ne guadagnerebbe molto in termini di precisione, poiché si richiede un'interpretazione politica, e dunque ad altissima dose di discrezionalità, per definire cosa sia in concreto, ossia *hic et nunc*, indispensabile.

l'ha, e forte, i sacrifici che potrebbe sostenere (si pensi al pubblico impiego)¹⁶. Ma non si può anche in termini costituzionali, perché a ciò si oppone il versante intergenerazionale del principio di equità¹⁷, che promana dall'*accountability* del mandato elettorale (corollario del principio di democratico)¹⁸ e direttamente informa il disegno di continuità dell'unità politica tracciato dalla Carta repubblicana; ma si oppone anche il principio di autoconservazione, che di *ogni* ordinamento è presupposto logico. Sarebbe, dunque, abbandonarsi a una «manifestazione d'ipocrisia mascherata con l'improprio riferimento alla solidarietà... *degli altri*»: di coloro che sono «oggi in tenera età o, addirittura, non [sono] ancora venut[i] alla luce». Un degrado della *politics* che solo con un eufemismo si può dire, in negativo, non essere «testimonianza di buon governo»¹⁹.

Un esempio strabiliante, anche perché passato in sordina, della refrattarietà ad assumere il peso politico della solidarietà sincronica (della decisione, dunque, sulla redistribuzione delle risorse e dei sacrifici *prima* tra coloro che ora sono) e del disinteresse cinico, ma anche miope, per le generazioni future lo si trova scolpito nell'art. 1, comma 870, della l. 30 dicembre 2020, n. 178. Esso ha infatti disposto che i risparmi sulle spese per straordinari e buoni pasto fatti dalle ppAA a causa del Covid *possano essere* (il che va letto come “*saranno*”, data la forza di pressione che esercitano sulle amministrazioni i sindacati²⁰ e la scarsa propensione degli amministratori di queste a filtrare le

¹⁶ Perché chi ha responsabilità politica oggi non può o meglio non deve comprare *ancora* il consenso delle generazioni presenti a scapito di quelle future (così la *relazione illustrativa* al d.d.l. “Modifiche agli articoli 2 e 9 della Costituzione in materia di equità generazionale, sviluppo sostenibile e tutela dell'ambiente”, Atti Parl. Senato, XVIII Legisl., “Disegni di legge e relazioni - documenti”, n. 1632, 3). Proprio non deve farlo *anche ora*. Anzi *persino ora*, mentre a rischio sono gli stessi paradigmi della convivenza civile e della comunità politica sperimentata nell'ultimo settantennio.

¹⁷ Sul c.d. equilibrio dinamico del bilancio da tempo si appunta la lentezza della giurisprudenza costituzionale, per cui è sì lata la discrezionalità del legislatore nello scegliere criteri e modalità per affrontare e (ri)assorbire le crisi finanziarie, ma le ricadute in termini di equità anche intergenerazionale sono oggetto di giudizio. E il «non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo», costituendo una «necessità» costituzionale, è parametro di giudizio: cfr. Corte cost., [sentt. 10 aprile 2014, n. 88](#), § 7.2 *cons. dir.*; [12 maggio 2016, n. 107](#), § 4.1 *cons. dir.*; [11 gennaio 2017, n. 6](#), § 5 *cons. dir.*; [14 febbraio 2019, n. 18](#), §§ 5.2, 6 *cons. dir.* (ove il passo riportato); [28 gennaio 2020, n. 4](#), § 4.1 *cons. dir.*; [23 giugno 2020, n. 115](#), §§ 7.1, 8, 10. In dottrina, per tutti, E. CAVASINO, *La dimensione costituzionale del “diritto del bilancio”. Un itinerario di giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza n. 196 del 2018 alle nn. 18 e 105 del 2019*, in [Bilancio Comunità Persona](#), 1-2019, ma anche *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, ES, 2020, spec. 99, 244 ss.; A. CAROSI, *Prefazione* a P. ZITOLI, *L'equilibrio del bilancio delineato nella Costituzione*, Roma, Aracne, 2020, 14; C. FORTE, M. PIERONI, *La sentenza n. 115 del 2020 della Corte costituzionale: una pronuncia di non agevole lettura*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), IV-2020, 248 ss.; I. LAGROTTA, *La responsabilità costituzionale intergenerazionale come dovere e limite delle generazioni presenti sotto il profilo della gestione delle risorse economico-finanziarie*, in [Quaderni del Dipartimento Jonico](#), 13-2020, 166 ss.; G. SCACCIA, *Il bilancio quale strumento di responsabilità nella giurisprudenza costituzionale*, in [Bilancio Comunità Persona](#), 1-2020, spec. 22.

¹⁸ ... che evidentemente più si perde quanto più si spostano in avanti e oltre i limiti del mandato gli effetti di costo, e dunque il peso, delle decisioni assunte. Rimarca perspicuamente C. BUZZACCHI come «[i]l ragionamento del giudice delle leggi sui rapporti tra generazioni [venga] tutto costruito attorno [a una] nozione di equità [che] sembra riguardare più la dimensione della responsabilità politica che quella dei diritti dei singoli». Ciò perché «l'indeterminatezza delle situazioni giuridiche dei “futuri” è tale per cui esse non vengono richiamate», ma a un risultato analogo si giunge ponendo «l'enfasi [... tutta] sul mandato del politico/amministratore, che non può ignorare le ripercussioni – nel tempo – delle sue scelte; e che deve avere consapevolezza dei gravami che sorgeranno in un momento successivo rispetto a quello nel quale si fruisce di benefici»; *Le alterazioni del diritto del bilancio nell'emergenza sanitaria*, in [Bilancio Comunità Persona](#), 2-2020, 49.

¹⁹ A. RUGGERI, [L'emergenza sanitaria](#), cit., II.

²⁰ ... che – ha scritto ancora assai di recente S. CASSESE – rivelano la propria crisi nell'aver assunto un atteggiamento esclusivamente rivendicazionista per l'*hic et nunc*: in favore, dunque, di lavoratori e pensionati di oggi, badando poco a quelli che sono fuori o che ancora non ci sono nonché alla sostenibilità nel tempo dei vantaggi rivendicati per il presente; *Una volta*, cit., 80, 104. Si devono però registrare nelle più recenti dichiarazioni d'intenti dei vertici sindacali le linee di un cambio di prospettiva, peraltro indispensabile dinanzi al profondo mutamento di scenario ingenerato dalla crisi pandemica. Da segnalare quelle in margine della firma del “Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e per la coesione sociale” del 10 marzo 2021 tra i massimi rappresentanti del Governo e quelli delle confederazioni sindacali. Certo i dubbi non mancano; un osservatore qualificato come P. ICHINO ha così chiosato

pretese²¹) utilizzati in sede di contrattazione integrativa per finanziare «i trattamenti economici accessori correlati alla performance e alle condizioni di lavoro, ovvero agli istituti del welfare integrativo».

Lo si noti: spese non per investimenti destinati a contribuire allo straordinario rilancio che i severi effetti economico-sociali della pandemia richiedono, ma chiaramente correnti²², finanziate, peraltro, in espressa deroga al tetto ordinario di spesa fissato dall'art. 23, comma 2, d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75.

Fuori dal linguaggio formale, la decisione politica dietro questa prescrizione normativa può essere così riassunta: nel periodo di crisi economica parossistica prodotta dalla pandemia il pubblico impiego non deve perdere nulla; neanche le risorse non guadagnate (v. gli straordinari), neanche i rimborsi per spese non sostenute (v. i buoni pasto). E a tutte le strabilianti necessità economiche della collettività provveda qualcun altro (ammesso che si riesca a provvedervi, se non pienamente almeno per tutto quanto sia proprio indispensabile).

Qualcuno che non ha voce e non ha voti per far valere i propri interessi.

Insomma, un esempio paradigmatico di pessima *regulatory quality*, ossia di incapacità dei regolatori di sfuggire alla cattura dei regolati (e in particolare di quelli tra questi che hanno maggior forza nel momento in cui la decisione è assunta²³), ma adottare regolazioni oggettivamente idonee a permettere e promuovere lo sviluppo economico collettivo nelle condizioni date²⁴.

Le osservazioni di Ruggeri valgono pianamente anche al di là dello straordinario contesto per cui sono espressamente formulate; del resto, in molti aspetti dell'emergenza drammatica e della complessità straordinaria generate dal Covid vi sono lezioni da cogliere per il *tempo ordinario*.

Per quanto oggetto di questa breve riflessione, esse fanno emergere in modo plastico la centralità del problema della tecnica che, insieme all'etica, al ceto politico si dovrebbe *sempre* richiedere: la tecnica della politica (o *in* politica) che si riveli, alla prova, adeguata ai problemi da affrontare, i quali nella contemporaneità sono normalmente assai complessi e – come è ovvio – tanto più complessi quanto maggiore è il grado di responsabilità da assumere.

l'avvenimento: «Non convince affatto l'idea – apparentemente sottesa all'immagine di quel tavolo ministeriale lungo il quale sedevano allineati Brunetta, Landini, Sbarra e Bombardieri, con Draghi in mezzo a mo' di garante della ritrovata armonia – secondo cui le cose che vanno fatte per far funzionare meglio le amministrazioni pubbliche si possono fare soltanto con l'accordo dei sindacati: di quegli stessi sindacati che rifiutano nei fatti la valutazione della performance delle amministrazioni e dei loro addetti, amano il management deresponsabilizzato che abdica alle proprie prerogative, rivendicano aumenti uguali per tutti. Gli stessi che nei giorni scorsi non hanno speso una parola per difendere la dottoressa Raffaella D'Atri, direttrice dell'Ufficio del Lavoro di Rimini, aggredita da 10 dipendenti per aver loro assegnato, in sede di valutazione annuale, un punteggio tra i 95 e i 98 punti invece dei 100 su 100 che nel settore pubblico normalmente non si negano a nessuno»; v. *Caro Brunetta, ecco i rischi di riformare la P.a. con i sindacati*, in [Il Foglio](#), 12 marzo 2021. Ma l'esigenza di un'apertura di credito sulla capacità delle parti di portare avanti gli obiettivi di cambiamento del Patto innanzitutto *cambiando esse stesse* è stata rimarcata nella risposta di R. BRUNETTA: *Più innovazione e produttività. Caro Foglio, vedrete che sulla Pa, al governo, avremo coraggio*, in [Il Foglio](#), 13 marzo 2021.

²¹ ... del resto, se a ciò non si acconcia il legislatore, che è più lontano e soprattutto è più in alto, difficile è pensare che lo farà, in sede decentrata, la maggioranza degli amministratori.

²² Almeno assai difficile è pensare che questo utilizzo dei pochi risparmi – sottratti a necessità sicuramente più pressanti con correlato incremento del fabbisogno di risorse da indebitamento – possa «essere portatore di benefici anche nei confronti di coloro su cui ricadrà l'obbligo di restituzione negli anni e decenni a venire»; C. BUZZACCHI, *Le alterazioni*, cit., 49.

²³ Insomma, quella diffusa cedevolezza «in favore di gruppi che vantano priorità, probabilmente in base a qualche loro forza contrattuale» a cui ha fatto riferimento il Presidente del Consiglio Mario Draghi nello stigmatizzare le diffuse deviazioni regionali dalle regole di priorità fissate dallo Stato, nel discorso che ha pronunciato in Senato il 24 marzo 2021.

²⁴ M. D'ALBERTI, *Corruzione*, Roma, Treccani, 2020, spec. 72 ss., ove si mette in correlazione questo aspetto essenziale della qualità delle istituzioni (la cui carenza si definisce corruzione oggettiva; ivi, 23) con lo sviluppo e la prosperità di un Paese.

2. Il politico come tecnico della decisione e del consenso: una lezione di Guarino sempre attuale

Per tratteggiare, anche solo in uno schizzo, le coordinate di questo tema, assai ampio e complesso, è d'uopo muovere dalla celebre prolusione che Giuseppe Guarino gli dedica nel 1962²⁵.

Nel sistematizzare la coppia dicotomica tecnici e politici che da quel momento rimarrà scolpita nella giuspubblicistica, il giovane Maestro sente l'esigenza d'intendersi immediatamente sull'effettiva portata della distinzione. E osserva che ampie e profonde sono le diversità sul piano funzionale tra i due ambiti, ma l'identificazione col termine "tecnici" di coloro le cui specializzazioni sono *messe a supporto* di attività giuridiche in senso stretto (e tra queste, in particolare, di quelle a lata discrezionalità o prodotto di decisioni politiche) è frutto solo di una convenzione lessicale²⁶. Nello Stato contemporaneo, infatti, anche i politici *devono* essere dei tecnici, poiché «devono aver acquisito una specializzazione che comprende le nozioni necessarie per il governo della collettività, e che si fonda sullo sviluppo delle attitudini indispensabili per adottare quelle decisioni che sono sottratte agli altri tecnici»²⁷.

Insomma, se certo non possono mancare loro alcuni "talenti" che verrebbe da dire innati, la qualità del politico dipende anche da capacità che si formano o per lo meno si sviluppano – quasi indispensabilmente²⁸ – attraverso «una complessa carriera, che si svolge nei partiti, nei sindacati, nelle associazioni, nelle amministrazioni di vario grado, che si afferma nel Parlamento e nel Governo. Il politico deve possedere approfondite conoscenze relative alla organizzazione dello Stato e al modo di concretamente utilizzarla, e che corrispondono, su un piano più vasto, alla conoscenza degli amministratori delle imprese»²⁹.

In altre parole, è il connubio delle attitudini e delle competenze che ne fa un esperto – un tecnico, appunto – della percezione del contesto (tematico, ma più ancora organizzativo) e della capacità di "gestirlo"; che lo rende capace – come richiesto – di svolgere una corretta valutazione dei bisogni (per come percepiti) e, a un tempo, di prefigurarsi l'impatto della decisione: ossia il loro accoglimento nell'immediato e, insieme, i loro effetti *medio tempore* e l'accoglimento che questi avranno; ciò che identifica, nel complesso, la loro sostenibilità democratica. È solo così, del resto, che si possono approntare, adottare e implementare politiche efficienti ed efficaci: effettivamente atte ad affrontare i problemi e, per quanto possibile, risolverli³⁰.

²⁵ *Tecnici e politici nello stato contemporaneo*, in G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, 3 ss. Sul tema l'A. ha occasione di tornare, ma l'impostazione trova piena conferma e svolgimenti; v., per es., *Politici, ideologie, società* (1987), ora in G. GUARINO, *Dalla Costituzione all'Unione europea. Del fare diritto per cinquant'anni*, IV, Napoli, Jovene, 119 ss., spec. 127 ss.; *Questione morale, Costituzione, riforme* (1988), ivi, spec. 147.

²⁶ G. GUARINO, *Tecnici e politici*, cit., 5 ss. Ma sull'inversione durante la pandemia del rapporto tra valutazione tecnica e decisione politica: un vero e proprio «cambio di paradigma» L.R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2021, 107 ss.

²⁷ G. GUARINO, *Tecnici e politici*, cit., 11-12.

²⁸ Non si può negare che le eccezioni esistano. Ma tali sono, e sono rare.

²⁹ G. GUARINO, *Tecnici e politici*, cit., 12.

³⁰ ... sicché – osserva C. MORTATI – «la più importante prova dell'attitudine del regime democratico a reggere uno Stato consiste nella sua capacità di formazione delle élites»; *Concetto e funzione dei partiti politici* (1949), ora in *Nomos*, 2-2015, 14. È appena il caso di notare che non vi è qui più che un'assonanza con la configurazione della rappresentanza politica come scelta dei migliori che ha fondamento nella prospettazione, propria del pensiero liberale classico, dell'atto elettorale come adempimento di una funzione pubblica e non esercizio di un diritto di scegliere e di essere rappresentato (cfr. M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, 126 ss.). Del tutto differente è infatti la logica sistemica. Il fulcro in quel caso è l'interesse dello Stato; nella democrazia pluralista è invece l'interesse della comunità a ricevere dallo Stato (*lato sensu*) il "servizio" della politica a un livello adeguato.

3. “The right man in the right place at the right time”: *una necessità anche (anzi prima) per i ruoli politici. Su un compito costituzionale negletto dei partiti*

Vi è da chiedersi come il sistema si diriga verso la scelta di una classe politica³¹ di qualità e dunque – volendo parafrasare Zygmunt Bauman³² – verso un ordine politico ordinato. L’analisi va qui rivolta al piano del *dover essere*, provando a identificare chi viene a tal fine responsabilizzato dalla Costituzione e dalle previsioni attuative e integrative.

Poiché in democrazia i governanti sono scelti (in via diretta o indiretta) dal popolo, è questo, in linea di principio, ad avere la responsabilità della loro qualità. Del resto, in definitiva paga il prezzo delle loro inadeguatezze, che talvolta è assai elevato.

Ma d’altro canto basta richiamare un insegnamento acquisito³³ per non cadere in un’astrazione forse persino rassicurante nella sua capacità semplificatoria, ma che allontana, e molto, dalla realtà: con l’universalizzazione del suffragio si è imposto lo sdoppiamento del rapporto rappresentativo, giacché all’elettore spetta, in massima parte, scegliere solo tra coloro che i partiti propongono. Chi così accede alla classe politica (o vi permane) del proprio operato risponde, *materialmente*, ai partiti di cui è espressione³⁴ e ai propri gruppi di sostegno (con cui vi sono ragioni di legame più o meno trasparenti e talvolta inconfessabili). Al popolo risponde sì, ma in senso quasi esclusivamente giuridico-formale, perché questo ha capacità marginali di prendere atto, conservare consapevolezza e, se del caso, far valere *in concreto* la responsabilità politica. Innanzitutto, anche tra coloro che sono adeguatamente formati alla democrazia e seguono la politica (nei suoi vari livelli) con attenzione, certo non manca chi non ha interesse a rilevare e sanzionare, politicamente, la scarsa qualità – etica o tecnica – del politico e della forza partitica in cui, per le più svariate ragioni, si riconosce; magari anche solo momentaneamente. Possono infatti prevalere, e normalmente prevalgono in molti, altri elementi³⁵; in particolare l’appartenenza, che può basarsi su motivi ideologici³⁶ o pratici. Il che, salvo il caso in cui quei motivi siano *troppo* pratici, non è affatto contro lo spirito della Costituzione, in quanto «l’elezione non è esclusivamente designazione di capacità ma anche determinazione di indirizzi politici»³⁷. Gli elettori avvertiti peraltro non sono la maggioranza, per dirla con un eufemismo. La formazione alla democrazia, infatti, è un problema null’affatto risolto, ma neanche più sufficientemente sentito. Lo è assai meno che alle origini della

³¹ Come è assai noto, il concetto di classe politica si deve a G. MOSCA; v. *Elementi di scienza politica*, 2^a, Torino, Bocca, 1923, 52 ss. Nella giuspubblicistica repubblicana è stato arato con ampio profitto da G. GUARINO innanzitutto in *Quale Costituzione? Saggio sulla classe politica*, Milano, Rizzoli, 1980, ma anche in altri studi. Sul punto, v. C. PINELLI, *Sulla nozione di classe politica: implicazioni e raffronti* (1998), ora in ID., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell’esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, ES, 2012, 545 ss.

³² Quando nota che, se «[o]rdine vuol dire la cosa giusta al posto giusto e al momento giusto», sono i confini, cioè i fattori di discriminazione, a creare l’ordine, nel determinare cosa sia “giusto” per un luogo e per un tempo; *Nascono sui confini le nuove identità*, in *Corriere della Sera*, 24 maggio 2009.

³³ Per tutti M. DUVERGER, *I partiti politici* (3^a, 1958), trad. it. Milano, Ed. di Comunità, 1961, 412 ss.; C. MORTATI, *Commento all’art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, I, *Principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli e Foro it., 1975, spec. 38 ss.

³⁴ È storia antica. E infatti è nel riferirsi all’evoluzione cui giunge già lo Stato liberale che H. TRIEPEL scrive: «il deputato non è più rappresentante del popolo, bensì un rappresentante del proprio partito, e come tale egli si sente e agisce» (*La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, 1927, rist. 1930, trad. it. a cura di E. Gianfrancesco e G. Grasso, Napoli, ES, 2015, 10). Invero, tra partiti e loro dirigenza, da un lato, e classe politica, dall’altro, non vi è osmosi totale, ma immedesimazione assai ampia; G. GUARINO, *La «classe politica» come istituzione*, in *Dalla Costituzione all’Unione europea. Del fare diritto per cinquant’anni*, IV, cit., 265.

³⁵ C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell’ordinamento italiano* (1957), ora in ID., *Raccolta di scritti*, III, *Problemi di diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1972, spec. 381-382.

³⁶ Di ciò vi è anche una variante, *assai diffusa*, “in negativo”. È il compattamento per avversione per le forze politiche in competizione. Sicché pur di non passare loro la mano si accetta di votare quel candidato o quella forza che (più o meno apertamente e talvolta espressamente) si riconosce avere o addirittura aver già manifestato insufficienti qualità nel governo. Dinanzi al “non si può consegnare a” non vi è più serenità o comunque interesse per la valutazione (o verifica, se si tratta di una ri-candidatura) della capacità politica.

³⁷ C. MORTATI, *Concetto*, cit., 14.

Repubblica, quando la democrazia godeva di un'altra aura, quasi di sacralità, come del resto accade spesso ai beni fondamentali quando mancano o si sono appena riconquistati. Oltre settant'anni di realtà democratica hanno fatto scemare la percezione del suo valore e, correlatamente, del peso dell'onere che essa porta con sé. La si dà – da tempo, in realtà – così per scontata da non aver più chiaro quanto richiedente sia, proprio nei confronti dei rappresentati. Quanto la sua effettività dipenda dall'impegno di questi, da un lato, nell'affinare i propri strumenti di comprensione (istruirsi alla politica³⁸) e, dall'altro, nell'utilizzarli per “leggere” i primari accadimenti politici (il che richiede d'informarsi costantemente e adeguatamente su di essi). E questo impegno doppio manca nei più, come ancora testimoniato dall'ultimo *Report* dell'ISTAT su “La partecipazione politica in Italia” (giugno 2020)³⁹.

Dunque, troppo ampio e variegato è il popolo – e anche la sua larga frazione decidente: il corpo elettorale – per poter effettivamente valutare la classe politica e tenere i comportamenti necessari a indirizzarla verso *standard* almeno sufficienti di qualità politica. E d'altro canto l'evidente crisi dei rappresentanti ha una delle cause primarie proprio nella altrettanto evidente *crisi dei rappresentanti*⁴⁰. Insomma, se già sul piano del solo *dover essere* l'assegnazione al popolo, come soggetto collettivo, della responsabilità di garantire a se stesso una classe politica adeguata rivela caratteri significativi di *fictio*, questi all'analisi in concreto – ossia dell'*essere* – risultano estesi al punto da potersi considerare pressoché assorbenti.

Non è un azzardo dire che della prova del fatto i Costituenti non hanno avuto bisogno⁴¹. L'art. 49 della Carta, pur nella sua formula non del tutto perspicua prodotta da un compromesso assai sofferto⁴², testimonia consapevolezza piena della *necessità* che il popolo di una democrazia ha di

³⁸ ... ambito non assorbito dall'istruzione generale o anche da un'ampia istruzione specialistica conseguita in altri campi.

³⁹ Infatti, il rilievo su dati 2019 dà conto di una percentuale assai elevata di coloro che si dichiarano del tutto disinteressati alla politica: il 23,2% del campione (in crescita di oltre 4 punti rispetto alla precedente rilevazione su dati 2014). E certo non possono considerarsi cittadini che assolvono a pieno all'onere democratico neanche quelli che genericamente affermano di informarsi sulla politica: il 71,2% del campione (-4,3% rispetto al 2014). Che in ampia parte non lo siano emerge chiaramente se si considera da un lato che solo 52,7% (-10,3% rispetto al 2014) dichiara d'informarsi almeno una volta alla settimana, una frequenza, peraltro, già insufficiente; dall'altro che la qualità dell'informazione non è definita, ma chiari sono gli indizi che sia generalmente bassa e anche decrescente. Infatti, l'uso delle fonti di maggiore approfondimento e che richiedono più impegno, già limitato, si riduce ancora: tra quelli rilevati, i settimanali sono indicati solo dal 7,5% del campione (-2,3 rispetto al 2014) e i quotidiani dal 33,3% (-6,9% rispetto al 2014). Mentre restano preferite le fonti più passivizzanti: il riferimento è alla televisione, che, in calo di un punto, è indicata 89,2% del campione. Ovviamente cresce l'uso per informazione politica di Internet (42,2%, + 14,5 rispetto al 2014, ma la percentuale sale al 47,7 tra coloro che si informano con frequenza almeno settimanale). In questo canale è preminente l'utilizzo del web (social network, blog, newsgroup, forum), in cui si veicola soprattutto l'*instant information*, a motivo non solo delle caratteristiche, ma anche delle modalità d'uso. Cresce anche l'opzione per esso come unica fonte informativa.

⁴⁰ L'efficace formula è qui usata con un significato ulteriore rispetto a quello assegnatogli da M. LUCIANI, a cui si deve. Questi, infatti, la configura come crisi di identificabilità del *démos* atomisticamente inteso da rappresentare, prodotta dalla «perdita delle identità collettive e (addirittura) individuali; [dal]lo smarrimento del senso del legame sociale; [dal]la volatilità dei ruoli sociali» (*Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon e F. Biondi, Milano, Giuffrè, 2001, 114 ss. 117). Qui, invece, si fa riferimento alla diffusa perdita di capacità e d'interesse dei componenti del popolo (e segnatamente di quelli del corpo elettorale) a svolgere con la necessaria accuratezza le proprie funzioni costituzionali. Pare utilizzare la formula nel senso più comprensivo A. RUGGERI in *Lo stato comatoso*, cit., 126.

⁴¹ Del resto, la storia di prove ne aveva già date; M. D'ANTONIO, *La regolazione del partito politico*, in *Raccolta di scritti sulla Costituzione* a cura del Comitato nazionale per la celebrazione del primo decennale della promulgazione della Costituzione, II, *Scritti sulla Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1958, 207-209.

⁴² Verrebbe quasi da dire, un compromesso al ribasso. *Quasi*, però. Giacché molto dubbio è che in quel momento si sarebbe potuto raggiungere un risultato migliore. Le divisioni tra i partiti sul tema erano infatti troppo ampie e irriducibili, perché profondi ma anche fondati erano i timori di emarginazione in caso di sconfitta elettorale; v., per tutti, S. MERLINI, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, in *Annuario AIC 2008. Partiti politici e società civile a 60 anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, Jovene, 2009, 64-66, 70; M. GREGORIO, *Parte totale*, cit., 325 ss.; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in questa *Rivista*, 2019/II, 252 ss.

aggregazione, organizzazione e anche d'intermediazione per poter concorrere *realmente* a determinare la politica nazionale⁴³. Ricondotte “a sistema”, le sue poche righe assumono i caratteri dell'affioramento, a mo' di punta di un grande iceberg inabissato, di un principio pervasivo, di un dato di struttura dell'ordine repubblicano: la democrazia sancita dalla Carta è – se si vuole aggiungere una formula ancora alle innumerevoli proposte – *per mezzo dei partiti*. Non, quindi, *dei (soli) partiti*, neanche *con i partiti (tra gli altri)*⁴⁴; ma *con i partiti in una funzione strumentale fondamentale e insurrogabile*. La Costituzione li designa infatti – nella loro pluralità competitiva, quindi come sistema – quali costruttori permanenti della democraticità⁴⁵. Mezzi, certo; ma ai quali è affidato il compito essenziale di *proporre al popolo* indirizzi politici ma anche persone per metterli a punto e per portarli avanti e, null'affatto di rado, di *decidere tra loro* – nel confronto, dunque, tra partiti – gli uni come le altre, ovviamente nei limiti in cui a ciò risultino dal popolo legittimati⁴⁶. Il che – vale appena rimarcarlo – non ne fa organi costituzionali; di per sé non li introduce nell'organizzazione dello Stato. Anzi, la funzione di raccordo che gli è costituzionalmente propria sembra richiedere la loro collocazione in una posizione intermedia e flottante (*Schwebelage*) tra Stato e società⁴⁷.

Si tratta di temi dei più ampi, che vanno molto al di là dell'ambito settoriale di queste riflessioni. Qui basta ricordare, in termini generali, che il ruolo strutturante dei partiti nel sistema costituzionale repubblicano è emerso chiaramente, consolidandosi, *sin nei primi contributi di riflessione dottrina*⁴⁸. Mentre nella giurisprudenza costituzionale ha trovato qualche spazio solo in anni

⁴³ Dunque troppo *tranchant*, forse perché troppo legato alla lettera e più ancora al rammarico per la “occasione” perduta, appare il giudizio su di essa espresso in autorevoli commenti “a caldo”; C. LAVAGNA, *Alcune impressioni e proposte sulla “Forma di Governo”* (1947), ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, 109-110; P. VIRGA, *Il partiti nell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1948, 208-210, ove però si individua nel controllo ideologico e programmatico sui partiti una premessa indispensabile alla loro cooperazione alla determinazione dell'indirizzo politico (ivi, espress. 217); A. PREDIERI, *I partiti politici*, in P. Calamandrei, A. Levi (dir.), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Firenze, Barbera, 1950, 195, 200-201.

⁴⁴ La prima formula viene dal dibattito weimariano – e segnata dalle analisi su una democrazia che non raggiunge un livello adeguato di unità politica a causa della frammentazione e radicalità partitica – si struttura nella riflessione di Leibholz, che con essa designa la razionalizzazione della democrazia plebiscitaria prodotta dall'incorporazione dei partiti nell'ordine costituzionale, e così influenza decisamente la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, di cui Leibholz è autorevole componente per un ventennio dalla sua istituzione (in tema, per tutti, P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, 70-71). La seconda è proposta da A. BARBERA già in *Una democrazia con i partiti*, in *Dem. dir.*, 4-1992, 197 ss., per far riferimento al ruolo concorrente delle altre espressioni della sovranità popolare, necessario affinché la democrazia non risulti dai partiti dominata, ma su questi *fondata* (ivi, 216-217).

⁴⁵ È in questa prospettiva che C. LAVAGNA parla di “funzionalizzazione costituzionale” dei partiti; v. *Diritto pubblico*, 6ª ed., Torino, Utet, 1985, 552-553, ma anche *Considerazioni sulla istituzionalizzazione dei partiti*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, a cura di P. Verrucoli, II, Padova, CEDAM, 1961, spec. 528 ss.

⁴⁶ Quei limiti vanno identificati non *in concreto*, in ragione degli umori (più o meno adeguatamente misurati e misurabili) della collettività rappresentata e sovrana, ma nell'interpretazione dei meccanismi giuridici che definiscono la forma di governo. Sono infatti questi a delimitare gli spazi di operatività di quella che G. LEIBHOLZ, rifacendosi espressamente a Heller, definisce la rappresentazione magistratica degli organi costituzionali – Parlamento *in primis* – la cui volontà negli Stati costituzionali, soprattutto quando hanno forma parlamentare, è tuttavia determinata proprio dai partiti; *La rappresentazione nella democrazia* (3ª ed., 1966-1973), trad. it. a cura di S. Forti, Milano, Giuffrè, 1989, *passim*, ma spec. 132, 320 ss.

⁴⁷ Tale posizione sfugge se non si riesce a superare la logica, di stampo liberale, dell'interpretazione dicotomica (si direbbe in forma di separazione pura) del rapporto tra strutture governanti e comunità governata; M. MORLOK, *Art. 21 GG*, in *Grundgesetz Kommentar*, a cura di H. Dreier, 2, Tübingen, Mohr Siebeck, 3ª ed., 2015, 346 ss., spec. § 7 e 22-25.

⁴⁸ Tra essi, con differenti impostazioni, C. MORTATI, *Concetto*, cit., spec. 9, 14 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I partiti politici nell'ordinamento costituzionale*, in *Il Politico*, 1950, 11, ss., spec. 26; A. PREDIERI, *I partiti*, cit., 209 ss., ove la *comunità plurale dei partiti* è qualificata *istituzione costituzionale* col dichiarato intento di esprimere la sua necessità ai fini della permanenza del *tipo* e dei *caratteri essenziali* dell'ordinamento, mentre è espressamente confutata la tesi dell'incorporazione dei partiti – sia *uti singuli* sia come comunità – nella struttura istituzionale dello Stato (il confronto con la giurisprudenza costituzionale tedesca appena successiva rivela corrispondenza lessicale, ma distanza concettuale: essa, infatti, definisce sì i partiti «*verfassungsrechtlichen Institution[en]*» [*SRP-Verbot Urteil*, 23 ottobre 1952, BVerfG 2, 1 (73)], ma li inquadra come «*Verfassungsorgan[e]*» [*Klagebefugnis politischer Parteien Beschluß*, 20

recenti, ma in non molte occasioni, mai in termini pieni (del resto il tema si presta poco ad assurgere a oggetto proprio del contenzioso costituzionale⁴⁹) e con livelli di nitidezza abbastanza diseguali⁵⁰.

Nel contesto brevemente tratteggiato, il ruolo dei partiti nella scelta della classe politica risulta del tutto preminente oltre che in via di fatto – ossia all’analisi dell’esperienza – anche in senso giuridico. Del resto, se in tale direzione puntano già le linee tracciate dalla Carta, l’interpretazione, la normazione di contorno e i meccanismi di funzionamento della forma di governo quelle linee non solo le seguono, ma anche le sviluppano e marcano con nettezza ancor maggiore.

In definitiva a poter realmente *garantire* una soglia minima di qualità nella politica sono soltanto i partiti, perché saldamente detengono due leve essenziali: la compilazione, pressoché esclusiva, delle “rose” entro cui la classe “di governo” viene necessariamente selezionata (ma per molti ruoli decidono direttamente) e, per correlazione, un rapporto permanente e assai denso con essa.

Si tratta di un dato di fatto, una possibilità materiale, che tuttavia coincide con un *dovere* costituzionale. Garantire un *livello minimo di qualità politica* è infatti un corollario del ruolo di strumento cardine della democrazia attribuito ai partiti dalla Carta, soprattutto nel suo articolarsi come potere di proporre candidature in sostanziale monopolio. A tale dovere si correla, per rapporto di strumentalità, quello di formare e mantenere formati nel tempo coloro che propongono o che (in senso sostanziale) direttamente destinano a ruoli politici, giacché i partiti non possono assolvere pienamente il primo se non si impegnano, con profitto, negli altri. Ne deriva un ulteriore compito

luglio 1954, BVerfG 4, 27 (30)); C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana* (1952), in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954, spec. 226 ss.; V. CRISAFULLI, *Partiti e rappresentanza politica nella Costituzione italiana*, in *Amm. civile*, 1958, 10-11, spec. 25; M. D’ANTONIO, *La regolazione*, cit., spec. 213 ss.; S. GALEOTTI, *Note sui partiti nel diritto italiano*, in *Jus*, 1958, 246 ss.; G. ASTUTI, *Natura e funzione dei partiti politici*, in *I partiti politici nello Stato democratico*, Roma, Ed. Studium e Iustitia, 1959, 9 ss. Vale rimarcare che anche P. RESCIGNO – nel noto saggio *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in *Jus*, 1956, 1 ss., in cui la soggettività privatistica fa da perno della riflessione e attrae l’attenzione (un po’ come pomo della discordia nei giuspubblicisti del tempo) – non manca di rilevare che i partiti sono «chiamati» – per l’A. solo «indirettamente, attraverso i gruppi elettorali ed i gruppi parlamentari» – «a realizzare interessi pubblici» già «dalla disciplina costituzionale»; *ibidem*, 10 (corsivo non testuale).

⁴⁹ ... sicché i maggiori spazi ha finito per trovarli in *obiter dicta*.

⁵⁰ Il punto di emersione più noto e richiamato è dato da [Corte cost. ord. 24 febbraio 2006, n. 79](#), che ha negato ai partiti legittimazione nei conflitti tra poteri dello Stato, ripresa – per l’approdo e, pressoché pedissequamente, anche per l’argomentazione – dalle successive pronunce sul tema: l’[ord. 24 aprile 2009, n. 120](#) e la recente ord. 13 agosto 2020, n. 196. Ma in realtà essa (come quelle che la seguono) si occupa più di delineare l’ambito del conflitto intersoggettivo che il ruolo dei partiti nel sistema costituzionale. È a questi precipui fini che qualifica i partiti «come organizzazioni proprie delle società civile», *meri* «strumenti di rappresentanza di interessi politicamente organizzati» a cui *solo la legge ordinaria* ha attribuito funzioni – quelle inerenti alle elezioni, dalle quali non sarebbe dato «desumere l’esistenza di attribuzioni costituzionali». Insomma, ciò che sancisce è solo che il ruolo dei partiti nel procedimento elettorale non si inquadra in «una sfera di attribuzioni determinata da norme costituzionali». Del resto, ciò è sufficiente per il tipo di pronuncia: un’ordinanza sull’ammissibilità del ricorso. Quando gli spazi argomentativi sono strutturalmente più ampi, il tema della centralità *sistemica* dei partiti riesce a conquistare maggior terreno. Il riferimento è innanzitutto alla [sent. 9 febbraio 2017, n. 35](#), adottata in sede di giudizio incidentale di costituzionalità sulle leggi elettorali, che peraltro sul punto segna una sorta di ravvedimento. Abbandonata infatti del tutto quella lettura individualistica del principio rappresentativo che, riaffiorata da un passato assai remoto sulla spinta di un «generale disprezzo nei confronti dei partiti politici», anima il suo precedente specifico: la [sent. 3 gennaio 2014, n. 1](#); I. MASSA PINTO, *Dalla sentenza n. 1 del 2014 alla sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale sulla legge elettorale: una soluzione di continuità c’è e riguarda il ruolo dei partiti politici*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2017, 49 ss., espress. 52. Nel medesimo solco, ma anche più esplicita, è la sent. 170 del 20 luglio 2018, in tema d’illiceità disciplinare della partecipazione continuativa di un magistrato alla vita di un partito (c.d. caso Emiliano). Vi si legge infatti che «la rappresentanza politica, nella Costituzione repubblicana, è in principio rappresentanza attraverso i partiti politici» e che l’intermediazione partitica nella selezione della classe politica è un dato del tutto coerente con la complessiva logica del disegno costituzionale (§ 6 *cons. dir.*, corsivo non testuale); M. D’AMICO, *Democrazia diretta versus democrazia rappresentativa: una riflessione sul ruolo della corte costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2019, 12 ss. L’[ord. 196 del 2020](#) non pare da leggere come battuta d’arresto su questo percorso, perché, forse per intuibili ragioni del momento, si limita a negare nuovamente ai partiti legittimazione al conflitto seguendo i precedenti in modo pedissequo e anche *un po’ frettoloso*. In altra sede si è provato a fornire maggiori ragguagli sul punto: P. LOGROSCINO, *Le ordinanze sui conflitti contro le consultazioni elettorali-referendarie del 2020: una risposta a mosaico con tessere diverse?*, in [Federalismi.it](#), 32-2020, 135-137.

implicito e nondimeno essenziale alla qualità del sistema, che tuttavia è rimasto quasi negletto⁵¹, soprattutto da quando i partiti hanno rinunciato ai tradizionali, ben strutturati organi di formazione e informazione e da quando, anche a motivo dello sviluppo progressivo dei nuovi mezzi di comunicazione e segnatamente dei *social media*, le carriere politiche si sono fatte molto più veloci⁵². Eppure «allo spirito e alla stessa trama normativa dell'art. 49» è sotteso chiaramente⁵³. Del resto, già nei lavori costituenti si può trovare, a ben cercare, qualche indicazione in tale direzione, anche se indiretta. Ne è un esempio quel sottolineare, da parte di Mortati, che è nei partiti «che si preparano i cittadini alla vita politica e si dà ad essi la possibilità di esprimere organicamente la loro volontà, è nei partiti che si selezionano gli uomini che rappresentano la nazione in Parlamento»⁵⁴. Se a questi, infatti, si richiede di preparare i cittadini a scegliere la linea, nonché chi quella linea deve portare avanti tra coloro che essi stessi candidano, a più forte ragione si deve richiedere di preparare⁵⁵ e conservare preparati costoro: quelli, dunque, che propongono o direttamente individuano per l'assunzione di responsabilità politiche. In caso contrario la funzione di strumento di costruzione permanente della democrazia sarebbe svolta al più in modo solo parziale, non involgendo per nulla l'*output*: il prodotto del governare democraticamente, appunto le politiche. E potrebbe addirittura risultare ingannevole, in quanto gli elettori, proprio fidandosi (come dovrebbero poter fare) della selezione fatta dai partiti potrebbero trovarsi a selezionare soggetti *inidonei* a esercitare (adeguatamente) *per* il popolo il governo *tout court* o specifiche funzioni. E finire da ciò danneggiati.

Questa lettura ampia – in ragione d'indefettibili esigenze sistemiche – della funzione costituzionale dei partiti richiede una puntualizzazione. Il coacervo di compiti di ponderazione nella scelta, formazione, informazione, inerenti cioè a garantire un livello minimo di qualità della classe politica non si svolge in obblighi giuridici *stricto sensu* per i partiti. Una tale configurazione troverebbe infatti ostacolo insormontabile nella mancanza di un (solido) addentellato positivo: non vi è nel testo dell'art. 49, non si è avuto per disciplina attuativa o di svolgimento della previsione costituzionale⁵⁶.

Allo stato, quel complesso di compiti di *attiva* presa in carico della qualità della classe politica parrebbe rientrare in un'area “rarefatta” del *diritto* che si definirebbe di promozione costituzionale: una linea d'indirizzo per il legislatore ma anche per l'autoregolamentazione e i comportamenti *liberi* dei partiti affinché lo spirito democratico della Costituzione sia inverato a pieno. Così inquadrati, i compiti costituzionali di (o *nella*) selezione, di formazione e d'informazione permanente della classe politica si sostanziano in parametri di responsabilità *politica*, che, in quanto tale, *può* (e invero *dovrebbe*) essere fatto valere in sede politica, innanzitutto nelle occasioni elettorali⁵⁷. In quella sola sede, però; almeno fin quando non trovino recepimento e adeguata specificazione nel diritto generale o negli statuti e nelle fonti interne comunque denominate di disciplina della vita e attività dei partiti. Sino ad allora, questa specifica area pare infatti dover

⁵¹ La sua rilevanza non è sfuggita alla sensibilità di C. MORTATI, come emerge in un passaggio, peraltro breve, di *Concetto*, cit., 16, ove la pratica dei partiti inglesi di dare «preparazione tecnica [ai] candidati [... predisponendo] speciali corsi di perfezionamento, o scuole di “Speakers”, o simili» pare additata a mo' di esempio.

⁵² ... anche se talvolta si rivelano effimere e assai più spesso iniziano comunque a muoversi a passo di gambero altrettanto repentinamente. Sul punto A. RUGGERI, *Lo stato comatoso*, cit., 134, ove si pone l'accento sulla scarsa strutturazione *tout court* dei partiti. Sugli incroci tra i profondi mutamenti del sistema politico e l'abbassamento della qualità media della classe politica e sui relativi effetti G. GEMMA, *Antipartitismo*, cit., 297 ss.

⁵³ C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*, 1-2018, 227.

⁵⁴ *Atti Ass. Cost.*, Plen., CXXXIX, 4159-4160.

⁵⁵ ... o scegliere tra coloro che già lo siano.

⁵⁶ ...disciplina, del resto, assai carente *tout court*.

⁵⁷ *Dovrebbe* perché ciò sarebbe necessario per poter avere una democrazia di qualità e dunque, in definitiva, per la tenuta stessa nel tempo del sistema democratico. L'efficacia del “parametro” di responsabilità politica è però solo eventuale, giacché è a chi è chiamato a valutare che viene rimessa sia l'individuazione degli elementi di giudizio sia la determinazione del loro “peso” e correlatamente le conseguenze delle eventuali violazioni; G.U. RESCIGNO, *Responsabilità politica e responsabilità giuridica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 3-2012, 337.

rimanere estranea alla prospettiva di espansione della giustiziabilità della decisione partitica su cui in questi anni si registra qualche avanzamento, invero tra non poche difficoltà⁵⁸.

Il percorso argomentativo finisce per ricondurre pressoché al punto di partenza: la responsabilità della valutazione dei partiti nella loro posizione di soggetti eligenti⁵⁹ è infatti anch'essa rimessa al popolo, soprattutto in sede elettorale⁶⁰, con tutti i limiti di effettività accennati.

Vi è però un altro aspetto da considerare. Se la formazione permanente della classe politica è compito costituzionale dei partiti, le attività volte a dotare gli aderenti di tecnica politica adeguata, tempo per tempo, alle responsabilità a cui vengono destinati sono da configurare come di preminente interesse collettivo.

Da ciò discende che le relative spese di certo possono (e forse anche dovrebbero) essere sostenute attraverso finanziamenti pubblici *ad hoc*. Ma bisogna spingersi più in là: sembra infatti doversi anche inferire il fondamento costituzionale di un vincolo di destinazione a tale attività per gli stanziamenti che la collettività destina, a qualsiasi titolo, ai partiti. E anche a quelle che, in una prospettiva sostanzialistica, si devono ritenere loro articolazioni istituzionali: gruppi parlamentari e consiliari *in primis*.

Un vincolo evidentemente non assoluto, ma proporzionato alle esigenze; insomma, che involga una parte *adeguata* delle risorse assegnate.

Esso non dovrebbe essere rifiutato dai partiti; non dovrebbe essere vissuto come ingiusta interferenza, “punitiva” restrizione della propria autonomia. È infatti esattamente il contrario, sarebbe una previsione *per* i partiti⁶¹. Vediamo perché.

⁵⁸ Le controversie interne al M5S hanno prodotto molto materiale e ulteriore ne potrebbero produrre. Il conflitto tra i suoi iscritti e, parrebbe, tra le sue anime è infatti tuttora aspro e pure negli ultimi mesi ha talvolta imboccato la via giurisdizionale. Due i temi nodali: le sanzioni disciplinari irrogate agli iscritti, segnatamente quella dell'espulsione, e l'esclusione dalle candidature, per le quali quella forza politica ha regolato, in un coacervo poco organico di fonti atipiche, procedimenti di scelta articolati in una fase di selezione dal basso (le primarie *on line*, variamente qualificate) e in un controllo di garanzia (si direbbe moderatore) su impulso di minoranza o verticistico. Poiché l'espulsione impedisce la partecipazione alle primarie e non sono mancati casi di esercizio strumentale del potere disciplinare, i due temi si incrociano sia in astratto sia in concreto. Entrambi esondano dai limiti di questo studio, ma qualche notazione può essere rivolta a quello più tangente. E, nello specifico, a un aspetto che pare poter dare qualche conferma a quanto sostenuto nel testo: emerge infatti dalla giurisprudenza anche recente che l'effettività della tutela giurisdizionale degli aspiranti a una candidatura passa per l'adozione di regole atte a tracciare un *perimetro definito* entro cui il potere (privato) di scelta dei candidati può essere legittimamente esercitato dagli organi di partito, giacché altrimenti la discrezionalità, pur non potendosi atteggiare ad arbitrio, risulta così lata da finire per sottrarsi al sindacato del giudice, invero pure quando ciò non sarebbe scontato (arg. Trib. Genova, sez. I, decreto/ord.10 aprile 2017; Trib. Palermo, sez. V civ., sez. spec. impresa, decreti 11 e 19 settembre 2017 e Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione, ord. 19 febbraio 2018). L'articolazione e l'integrazione dei principi e delle linee d'indirizzo costituzionali in *specifiche regole* è tanto più necessaria quanto più questi siano impliciti e abbiano caratteri generali e finalistici. E i “comandi” costituzionali fatti qui oggetto di ricostruzione (quelli di scegliere e coltivare le qualità politiche della classe di governo che “selezionano” posti in capo ai partiti) impliciti e finalistici lo sono a pieno; si direbbe paradigmaticamente. Sugli effetti degli atti e dei comportamenti degli organi di partito nell'esercizio di quelli che si inquadrano come poteri privati e sulla loro giustiziabilità v., per tutti, N. PIGNATELLI, *La natura delle funzioni dei partiti politici e delle situazioni giuridiche soggettive degli iscritti*, in [La democrazia italiana in equilibrio](#), in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta OnLine, Genova, 2020, V, 145 ss.; e, *amplius*, ID., *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale: un modello costituzionale*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2-2019, 89 ss., spec. 96-97; ma in tema, e segnatamente per la articolata lettura critica della giurisprudenza cit., anche G. GRASSO, *Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del Movimento 5 Stelle*, in [Diritti Comparati](#), 3-2019, 57 ss., ove ampi riferimenti bibliografici.

⁵⁹ ... ma per questo anche incaricati del controllo sui preposti alle cariche e dell'impulso, che – come osserva C. MORTATI – si sostanzia in vera e propria decisione, quanto all'esecuzione e svolgimento dell'indirizzo politico proposto in sede di elezioni; *Note introduttive*, cit., spec. 379-381.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Un pezzo di quella che efficacemente viene qualificata una legge *per* i partiti; così E. CHELI, *Una legge-quadro per i partiti politici*, in *il Mulino*, 6-2011, 932 ss.

4. I partiti tra delegittimazione (grave, risalente, progressiva) e persistenza (ma non senza limiti) del potere

Il profilo delineato si inquadra nel tema, ampio e assai discusso, della necessità ma anche dell'improcrastinabilità di un intervento del legislatore che aiuti i partiti a farsi (di nuovo) avvertire come necessari dalla collettività. Forte è infatti la tentazione⁶² di considerarli “rinunciabili” se questi non sono strumenti di effettività della *democrazia integralmente intesa*: quindi nell'*input* come nell'*output*. Se dunque, da un lato, non sono (e comunque non sono avvertiti come) mezzi di partecipazione, sebbene *filtranti*, ma (come) *diaframma* tra Stato e società⁶³. E, dall'altro, non sono (o non sono avvertiti) atti a “procurare” alla politica le capacità tecniche (appunto la tecnica politica) indispensabili a rendere quell'alto servizio alla società idoneo e soddisfacente, nel tempo medio.

Tali aspetti dovrebbero essere tenuti nella più grande considerazione *sempre*. Ma *in particolare* quando emerge che il solco tra società e partiti si allarga e si è già, da tempo, fatto molto profondo. Questo è un dato comune per le democrazie consolidate⁶⁴. In Italia ha però assunto caratteri e dimensioni assai preoccupanti. Per delinearne lo spaccato, le analisi demoscopiche sono certamente indicative. Pochi mesi fa, per esempio, l'ultimo [Rapporto](#) di Demos & Pi su “Gli Italiani e lo Stato” (dicembre 2020): una fonte qualificata, per il credito che ha l'istituto fondato e presieduto da Ilvo Diamanti e per il consolidamento della ricerca, giunta alla 23° edizione annuale⁶⁵. Vi si legge che solo il 9% degli intervistati dichiara di aver fiducia nei partiti⁶⁶. La domanda, per come formulata, stimola una risposta sui partiti *hic et nunc*, ossia per come gli attuali partiti italiani operano e si presentano alla società. Per il 48% del campione, però, *la democrazia può funzionare anche senza di essi*⁶⁷. E in questo caso è ragionevole pensare che gli intervistati abbiano risposto considerando il partito in quanto tale, come modello organizzativo-istituzionale⁶⁸. Sicché la sfiducia così manifestata sembra appuntarsi verso la stessa forma-partito: il partito come istituzione. Essere, dunque, una sfiducia più rilevante e più grave, perché sistemica. Inoltre, è di certo consolidata, giacché il dato del 2020 è poco più elevato di quelli medi dell'ultimo decennio, pari al 47,1%, e

⁶² Si usa il termine tentazione perché, sin quando non si trovi una via per sostituirli – e sinora non si è trovato, in futuro si vedrà – i partiti restano una necessità per l'effettività democratica (così, da ultimo, P. POMBENI, *Lo stato e la politica. Quanto contano nel mondo di oggi*, 2ª, Bologna, il Mulino, 2020, 109). Sicché rinunciarvi non è razionale. Del resto, essi non si dimostrano affatto disponibili a “farsi rinunciare” e continuano a esercitare poteri amplissimi; anzi – osservava S. STAIANO pochi anni fa, e vale ancora – essi sono più pervasivi che mai (v. *Forma di governo e sistema dei partiti. Una ricerca necessaria (che deve continuare)*, in *Nella rete dei partiti*, a cura di S. Staiano, Napoli, Jovene, 2014, VIII ss.). Ragionevole, pertanto, è cercare un modo per evitare che rimangano del tutto snaturati (*Ibidem*, XIV ss.); che finiscano per tradire (ancor più palesemente e dunque) *definitivamente* il proprio essenziale ruolo costituzionale.

⁶³ La coppia dicotomica filtro/diaframma è in E. CHELI, *Una legge-quadro*, cit., 932. L'immagine del filtro sembra indovinata perché rappresenta bene il ruolo che la costituzione assegna ai partiti: non mero tramite tra volontà popolare e organi di governo, ma quella di mediatore-educatore, volendo usare le parole con cui S. MERLINI (*Sovranità e partiti politici. Una difficile riflessione sulla democrazia contemporanea*, in (cur.), *Mortati costituzionalista calabrese*, a cura di F. Lanchester, Napoli, ESI, 1989, 194) riassume la posizione portata avanti da C. MORTATI in età costituente; v. già *La Costituente* (1945), ora in ID., *Raccolta di scritti*, I, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1972, 84-85.

⁶⁴ Ne ha ampiamente ricostruito le ragioni, anche ripercorrendo il percorso, P. IGNAZI: v. *Partito e democrazia. L'incerto percorso della legittimazione dei partiti*, Bologna, il Mulino, 2019.

⁶⁵ Dal 5° (del 2002) in poi i rapporti sono consultabili in [demos & PI](#).

⁶⁶ Il dato in sé è pessimo, ma non di meno è – lo si noti – il terzo migliore dal 2003 e supera la media 2003-2020 di 2,6 punti. Il Parlamento, che qui si usa come *benchmark*, ottiene riconoscimento assai maggiore. Il calo di fiducia nei suoi confronti si è arrestato dal 2011; dal 2014 la tendenza si è invertita e nell'ultimo anno si osserva un'impennata della fiducia, che trova ragione nelle preoccupazioni per la marginalizzazione dell'organo di diretta rappresentanza democratica che si è prodotta nella fase più acuta dell'emergenza pandemica.

⁶⁷ 23° *Rapporto* “Gli Italiani e Lo Stato”, 2020, 15, 20.

⁶⁸ E in tal senso pare militare l'ampia differenza tra i due dati: sfiducia verso i partiti operanti 91%; verso l'essenzialità dei partiti per la democrazia 48%.

dell'intera serie rilevata (2007/2020), pari al 45,1%⁶⁹. Dati migliori si erano avuti nel 2018 (44%) e nel 2019 (addirittura 41%)⁷⁰, ma li si può ritenere poco rilevanti in prospettiva d'analisi generale, perché su di essi hanno significativamente influito le contingenze politiche⁷¹.

È pur vero che questa delegittimazione profonda è ormai cronica e non di meno quella italiana continua a essere una democrazia *dei* partiti, sebbene sfigurata in una (potente) “partitocrazia senza partiti”⁷².

Ma ciò non dovrebbe dar sicurezza ai “partiti-non più partiti” in senso costituzionale⁷³ tuttora (o sinora?) pervasivamente governanti. Anche a voler ignorare le ragioni dell'etica democratica, che si vuol credere non siano irrilevanti per i più; anche se si dovesse constatare il loro attuale annichilimento e una classe politica ormai generalmente orientata al realismo più cinico e interessato, resterebbe da tener presente che la forza d'inerzia del potere è grande, ma non illimitata⁷⁴.

E che, d'altro canto, l'essenzialità va razionalmente riconosciuta ai partiti istituzionalizzati che la Repubblica ha sperimentato non certo in ogni forma di Stato e neanche in ogni forma di governo della democrazia pluralistica, ma solo per l'effettività della democrazia parlamentare che la Costituzione ha scelto.

5. Una legge-quadro sui (e per i) partiti: riaprire il flusso con la società, riqualificare la classe politica, rilanciare la democrazia e il Paese

Alla democrazia italiana per poter riacquistare smalto e (ri-)vivere (giacché la realtà costituzionale è ormai sin troppo lontana dal modello) *nella forma disegnata dai costituenti* occorre

⁶⁹ Nel periodo 2007-2018 è stato rilevato anche il consenso sull'affermazione, quasi speculare, per cui “senza partiti non ci può essere democrazia”. Si noti che in tal modo si cerca di misurare la percentuale di coloro che sono convinti dell'importanza dei partiti; mentre il consenso sull'affermazione “la democrazia può funzionare senza partiti” tende a rilevare coloro che sono convinti dell'inutilità dei partiti.

⁷⁰ Quello del 2019 è il migliore dal 2009; tolto questo, il dato del 2018 è il migliore dal 2011.

⁷¹ Il riferimento è ai risultati elettorali del 2018 e alla formazione del governo delle due forze che maggiormente interpretano il sentimento antipolitico e antipartitico e alla formazione del governo “giallo-verde” nel 2019. In tale contesto sembra potersi trovare una spiegazione del minor disconoscimento della funzione democratica dei partiti: parte degli elettori di tali partiti “antipartitocratici”, dinanzi al successo di questi migra verso il riconoscimento del sistema dei partiti.

⁷² L'apoteigma, che probabilmente si deve a M. MAFAI (lo propone, per es., in *D'Alema, leader del partito debole*, in *La Repubblica*, 26 agosto 1997), è denso ed efficace, il che lo fa utilizzare spesso in sede scientifica, talvolta con cromie o sfumature differenti; v., tra gli altri, C. PINELLI, *Il paradosso di una partitocrazia senza partiti. Uno sguardo costituzionale* (2010), in ID., *Nel lungo andare*, cit., 635 ss.; O. MASSARI, *Dal partito di massa alla partitocrazia senza partiti*, in *Nomos*, 3-2018. Altrettanto efficacemente, di “patto faustiano” parla P. IGNAZI in *Partiti*, cit., 232-233, giacché i partiti «hanno ceduto l'anima in cambio di una vita più lunga».

⁷³ ... in quanto si sono «si sono allontanati dalla società e, nel contempo, si sono per lo più convertiti in comitati elettorali al servizio di un capo, il quale sviluppa il rapporto con i cittadini e la società servendosi di sofisticate tecniche comunicative che negli ultimi anni si sono fondate soprattutto sulla Rete», trasformando la democrazia rappresentativa e partecipativa disegnata dalla Costituzione in quella che Bernard Manin chiamare una “democrazia del pubblico”; così riferendosi non al solo caso italiano F. GALLO, *Democrazia 4.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione*, in *Rivista AIC*, 1-2020, 490. Inoltre, v. G. DI COSIMO, *Sviluppo del governo parlamentare*, in *Rivista AIC*, 2-2020, 57-58, ove si rimarca l'aspetto della concorrenza delle due trasformazioni del partito politico: in personale e in digitale. L'espressione “democrazia del pubblico” è usata con accezione non solo diversa ma propriamente antitetica rispetto a Manin da A. LUCARELLI in *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, ES, 2020, 113 ss., spec. 118, ove con essa si intende una cittadinanza attiva in grado di incidere su processi politici e sulle decisioni, che si contrappone dunque, non alla rappresentanza in sé, ma alle degenerazioni per cui essa finisce per monopolizzare l'esercizio della sovranità.

⁷⁴ La storia insegna che la perdita della legittimazione logora le istituzioni, anche quando queste sono consolidate dall'esercizio per lungo tempo del potere, e le rende meno capaci (e talvolta incapaci) di resistere ai tentativi di rivolgimento aperto o strisciante; lo osserva limpidamente, con riferimento al mancato consolidamento delle istituzioni liberali proprio a causa di un costituzione tardiva di un sistema partitico credibile; M. D'ANTONIO, *La regolazione del partito politico*, in *Raccolta di scritti sulla Costituzione* a cura del Comitato nazionale per la celebrazione del decennale della promulgazione, II, *Studi sulla Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1958, 238.

un intervento profondo e netto sui partiti. Occorre dare a essi quel recinto di regole che ne vincoli l'orientamento alla realizzazione della democrazia nell'*input* come nell'*output*. Un recinto che hanno sempre (sin dalla fase costituente) rifiutato e, da veri signori dell'ordinamento, hanno impedito che fosse adeguatamente forgiato⁷⁵, accettando, *obtorto collo*, di vararne solo singoli segmenti, inidonei a formare un disegno completo, coerente ed efficace⁷⁶.

Ed è proprio di un intervento sistemico che si sente invece il bisogno: «[de]ll'adozione di una nuova disciplina organica sui partiti in grado di coordinare e completare i diversi spezzoni della normazione vigente, orientandoli verso un rafforzamento delle garanzie esistenti in tema di trasparenza e democraticità interna»⁷⁷. Di una legge-quadro che finalmente incornici i grandi temi⁷⁸, tra i quali sono prioritari quello della definizione della natura giuridica del partito politico, quello dei rapporti tra partiti e gruppi parlamentari e consiliari, ma anche con i soggetti ai partiti correlati, che talvolta sono vera e propria emanazione loro, di loro correnti, o di personalità dei partiti (assai spinoso è il caso delle fondazioni politiche); quello della democraticità interna, nell'*input*, che comprende le modalità di selezione dei candidati da proporre, come nell'*output*, che comprende i temi – qui discussi – della formazione e informazione permanente del personale politico, della garanzia di un livello adeguato di qualità, di tecnica *in* politica; quello del finanziamento della politica, che deve essere *anche* pubblico, giacché anche per tal via i partiti dovrebbero essere orientati a tornare a svolgere realmente le funzioni di democratizzazione in concreto dell'ordinamento⁷⁹; quello dei controlli, per i quali centrale è l'effettività, giacché senza reale possibilità di accertamento delle deviazioni queste tendono a proliferare⁸⁰.

La strada maestra sarebbe quella della legge costituzionale. Non tanto per chiarire la proposizione normativa contenuta nell'art. 49, giacché di ciò si avverte assai meno il bisogno da quando la più parte della dottrina è concorde nel leggere la prescrizione di democraticità in senso ampio e riferirla ai rapporti *tra* i partiti (o esterni) come a quelli *nei* partiti (o interni). L'uso di questa fonte si richiede, invece, soprattutto per risolvere il problema dei gruppi parlamentari, consentendone una piena integrazione nel nuovo assetto normativo sui soggetti politici. E sarebbe opportuno se si dovesse valutare di riservare *formalmente* la selezione (regolata) delle candidature parlamentari e per le elezioni regionali (quelle locali potrebbero invece seguire un'altra logica) ai soggetti che abbiano i caratteri di democraticità e trasparenza richiesti per essere riconosciuti come partiti⁸¹. Si tratterebbe di riprendere la riflessione intorno a un'idea che ha avuto *qualche* emersione

⁷⁵ Per tutti L. ELIA, *A quando una legge sui partiti?* in *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, a cura di S. Merlini, Firenze, Fondazione Cesifin Alberto Predieri, Passigli, 2009, 51 ss.

⁷⁶ È per iniziativa dei Governi Monti e Letta e durante una delle fasi più acute di crisi del sistema che si sono avuti due gli interventi legislativi di maggiore rilevanza: la l. 6 luglio 2012, n. 96 del 2012 e il d.l. 28 dicembre 2013, 149 (conv., con modifiche, nella l. 28 dicembre 2014, n. 13). Adottati sulla spinta della necessità del recupero immediato di (un po' di) credibilità, essi finiscono per rincorrere l'antipartitismo populistico, senza farsi il giusto carico delle esigenze del realismo, risultando così affrettati, incompleti e inidonei ad affrontare i nodi di sistema; E. CHELI, *La democrazia interna dei partiti politici: un percorso solo avviato*, in *il Mulino*, 6-2019, 902 ss.

⁷⁷ Ivi, 907.

⁷⁸ ... come parte "di principio" di una trama normativa che non soffochi certo l'autodeterminazione dei partiti ma ne incanali le risorse verso le finalità costituzionali; così A. RUGGERI, *Lo stato comatoso*, cit., 137-138, ma in tal senso già V. SICA, *Il «concorso» dei partiti politici*, in *Raccolta di scritti sulla Costituzione* a cura del Comitato nazionale per la celebrazione del decennale della promulgazione, II, *Studi sulla Costituzione*, cit., 301.

⁷⁹ Questo è un tema strutturale che, se sembra poter avere un punto d'intersezione *specifico* con quello qui oggetto di riflessione (vi si è fatto cenno nella parte conclusiva del § 3), certamente non può essere trattato in questa sede. Al più si può osservare che l'approdo a cui è sinora giunta la disciplina in materia non è affatto idoneo (e forse neanche funzionale, complessivamente considerata) a soddisfare le esigenze di sistema qui in breve richiamate. Del resto, gli anni passati dall'adozione del d.lgs. 149 del 2013 sono sufficienti per poter dire che il nuovo assetto non è riuscito a contribuire (in modo apprezzabile) a un cambiamento né del modo in cui i partiti interpretano il proprio ruolo costituzionale, né, conseguentemente, della percezione di essi da parte della pubblica opinione, come i dati richiamati stanno a dimostrare (*supra* § 4).

⁸⁰ E. CHELI, *La democrazia interna*, cit., 905 ss., ma anche S. GAMBINO, *Partiti politici e Parteienstaat*, in *Pol. dir.*, 2018, 207 ss.

⁸¹ L'enfasi data nel testo alla parola *formalmente* vuol sottendere che sarebbe, in sostanza, un mero allineamento

nei lavori costituenti italiani, segnatamente nelle proposte formulate, in Sottocommissione, da Lelio Basso⁸² e, dinanzi al *plenum*, da Costantino Mortati⁸³. Emersioni, ma non successo. Perché le forze politiche non trovarono il necessario accordo sull'identificazione di funzioni costituzionali *specifiche* da assegnare ai partiti. Ma anche perché le funzioni avrebbero richiesto una contestuale disciplina pubblicistica dei partiti a cui oggettivamente si opponevano le contingenze storiche: la tremenda lacerazione sociale lasciata dal regime autoritario e dalla guerra; la disomogeneità del sistema politico, prodotta dal profondo radicamento e dalla reciproca incompatibilità delle opzioni ideologiche delle forze dell'arco costituente; il rischio molto avvertito da taluni di esse (in particolare dal PCI) di vedersi messi fuori dall'ordinamento in caso di sconfitta elettorale.

Non va ommesso che Mortati quell'idea l'abbandonò dopo pochi anni di vita della Repubblica. Ritenne infatti concreti, nel contesto, i rischi di un uso della regolamentazione dei partiti a fini persecutori delle opposizioni⁸⁴ e nei confronti dei partiti maturò progressiva delusione, per come questi si erano (sin da subito) atteggiati nella realtà repubblicana, allontanandosi dall'idea (forse dall'ideale) di partito che aveva costituito una sorta di presupposizione per la Costituente e, dunque, un presupposto di necessità per l'effettiva tenuta (almeno) della forma di governo varata dalla Carta⁸⁵. E lo stesso fece Basso⁸⁶.

della regola positiva a una regolarità così consolidata da costituire un dato di fatto che peraltro è valutato pienamente in linea con quello giuridico. Sicché la Corte costituzionale può scrivere che «la rappresentanza politica, nella Costituzione repubblicana, è in principio rappresentanza attraverso i partiti politici, i quali, ai sensi dell'art. 49 Cost., sono le associazioni che consentono ai cittadini di concorrere, con metodo democratico, a determinare, anche attraverso la partecipazione alle elezioni, la politica nazionale (sentenza n. 35 del 2017)». Tant'è vero che «a prescindere dalle caratteristiche del sistema elettorale di volta in volta rilevante, nessun cittadino [...] si candida “da solo”. E, così come avviene per la candidatura alle elezioni politiche, amministrative od europee, anche l'assunzione di incarichi negli organi esecutivi di vario livello presuppone necessariamente un collegamento del nominato con i partiti politici»; sent. 170 del 2018, § 6 *cons. dir.*

⁸² Cfr. il testo che Egli propone come art. 4 in *Atti Ass. Cost.*, Comm. Cost., I Sottocomm., 39, 19 novembre 1946, 402.

⁸³ *Atti Ass. Cost.*, Plen., CXXXIX, 22 maggio 1947, 4159. Va detto che Mortati aveva manifestato già tale idea, *ma in termini assai più espliciti*, come componente della Commissione per l'elaborazione della legge elettorale politica per l'Assemblea Costituente; cfr. la *Relazione illustrativa dello schema di progetto per la disciplina di presentazione delle liste di candidati presentata da Mortati*, all. al verbale 17 della seduta della Commissione del 10 ottobre 1945, in *Atti della Commissione per l'elaborazione della legge elettorale politica*, a cura del Ministero per la Costituente, Roma, Tip. U.E.S.I.S.A., s.d., spec. 144-145. Quel progetto, però, non era stato neanche esaminato dalla Commissione, giacché essa si era orientata da subito – e unanimemente – per «la piena libertà di presentazione delle liste» (ivi, 136, 140 nt. 1). Il volume degli *Atti* è ora accessibile dal [sito della Camera](#) dei Deputati; la *Relazione* è pubblicata anche in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, I, cit., 587 ss. Sul tema Mortati torna in sede dottrinale subito dopo l'entrata in vigore della Carta, sostenendo che palese è l'opportunità «di affidare la facoltà di presentazione [delle candidature] non a gruppi formati occasionalmente, bensì partiti organizzati»; *Concetto*, cit., 14. È da segnalare che per la riserva ai partiti (registrati e controllati da una Corte suprema) della presentazione delle candidature *non meramente individuali* – cioè non «*présentées ni patronnées par aucune association ou groupement de fait*» (art. XII) – si era pronunciato F. GOGUEL durante i lavori dell'Assemblea nazionale costituente francese del 1945, mentre, anche in quel contesto, autorevoli membri del PCF avevano pubblicamente bollato come strumentale la scelta della maggioranza della Commissione per la Costituzione di disciplinare i partiti: un modo per mettere fuori legge il PCF; *Le problème du statut des partis*, in *Esprit*, 1-1946, 96 ss.

⁸⁴ Spiega infatti, partecipando alla discussione durante il IX convegno nazionale dell'Unione dei giuristi cattolici del 1958, che quell'idea, e anzi già il suo presupposto di disciplinare i partiti per garantirne la democraticità «rispecchiava il clima del primo periodo della costituente, alimentato ancora dallo spirito della Resistenza, dalla convinzione di una convergenza delle forze politiche da essa emerse per un radicale rinnovamento dello Stato. L'esperienza si è incaricata di dimostrare che tutto era un'illusione»; *I partiti politici nello Stato democratico*, Roma, Ed. Studium e Iustitia, 1959, 127.

⁸⁵ F. LANCHESTER in vari scritti: per es., *Stato dei partiti, non partitocrazia* (2012), in ID., *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano, Giuffrè, 2014, 162-163. Per ricostruire il percorso di Mortati sul tema è di particolare interesse *Costantino Mortati: Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, a cura di F. Lancheester, Padova, CEDAM-Wolters Kluwer, 2017.

⁸⁶ E. CANITANO, *Basso, Mortati e il problema dei partiti politici alla Costituente. Due chiavi di lettura a confronto*, in *Il Politico*, 1998, 62, la quale tuttavia ritiene d'individuare sul punto un elemento di discontinuità nel percorso di riflessione sul partito svolto dai due.

Certamente la reputazione dei partiti da allora non è cresciuta. Anzi, è peggiorata molto. E un consenso crescente si è aggregato intorno all'idea della necessità di attuare il carattere plurale della partecipazione politica sotteso *ab origine* alla Costituzione⁸⁷; di realizzare una democrazia “con” i partiti, tra altri soggetti di aggregazione dell'opinione pubblica e di elaborazione di proposte politiche, ma anche solo inerenti alla politica. Dunque, la proposta di fare di essi (*anche formalmente*) la via obbligata di accesso alle cariche politiche assai difficilmente potrebbe trovare oggi consenso. E la possibilità si assottiglia a ogni crisi; a ogni manifestazione d'inadeguatezza che il sistema politico dà di sé⁸⁸, mentre la realtà lancia ripetute sfide straordinarie, alcune tremende⁸⁹.

A ogni modo, nell'affermare che la regolamentazione organica della vita e delle funzioni dei partiti potrebbe dare avvio a un percorso di loro emancipazione dal discredito diffuso – farne avvertire generalmente non la dannosità e parassitarietà da *diaframma* tra collettività e istituzioni, ma l'irrinunciabile utilità del *filtro, di qualità*, delle istanze comunitarie⁹⁰ e, insieme, della classe politica – non ci si può esimere da una precisazione. Quel percorso è tutt'altro che agevole, è anzi irto di ostacoli e comunque *da solo* non può portare alla meta della rivitalizzazione della democrazia italiana⁹¹.

Emerge però in modo lampante che provare a perseguirlo è d'obbligo appena ci si ferma a considerare le alternative. Se non si ritiene di formulare ipotesi di straordinari rivolgimenti – certo non inverosimili ma che devono necessariamente fondarsi più sull'intuito (se non sulla fantasia) che sull'analisi – esse sembrano ridursi a due. Quella di continuare ad accettare il galleggiamento (finché dura) in una “regolarità di governo” troppo lontana dalla forma prescritta dalla Carta⁹², frammezzata, nei tempi di crisi parossistica, da “passi di lato” della politica, in cui la gestione di fasi che richiedono decisioni molto dure e impopolari ma anche strategie raffinate e grande efficienza nella loro implementazione (per intercettare opportunità e risorse irripetibili)⁹³, che richiedono quindi di far politica ad alto livello è mestamente lasciata ai c.d. governi *dei tecnici*⁹⁴: in realtà governi politici anch'essi, «dovendo reggersi su di una fiducia parlamentare espressa su di una mozione motivata»⁹⁵. L'altra via passa per l'adozione di una forma di governo nuova,

⁸⁷ Di recente S. GAMBINO, *Partiti*, cit., 182 ss., spec. 183, 187, 201; A. LUCARELLI, *Populismi*, cit., 120 ss., 128-129. Ma il tema viene posto da T. MARTINES già in *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, Giuffrè, 1957, 190 e poi approfondito in *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 165 ss. (ora ID., *Opere*, I, Milano, Giuffrè, 2000, rispett. 139 e 462 ss.).

⁸⁸ Con riferimento all'ultima crisi di governo e alla sua gestione A. RUGGERI è arrivato a definire «indecoroso» lo «spettacolo [...] offerto dai maggiori esponenti politici del momento» e di una tendenza della diffusa disaffezione dell'opinione politica verso gli operatori politici – quale che ne sia il colore e lo schieramento – a degenerare in «vero e proprio disgusto» (*Il suicidio della classe politica e la notte buia della Repubblica*, in questa *Rivista*, editoriale del 5 febbraio 2021, 1-2).

⁸⁹ Ovvio è il riferimento a quelle generate dalla pandemia.

⁹⁰ ... il che richiede la forza di rigettare le pretese e le opinioni anche molto accorsate, ma «la cui affermazione determinerebbe un danno all'intero sistema»; K. HESSE, *La posizione costituzionale dei partiti politici nello Stato moderno* (1959), trad. it. Seregno, Herrenhaus, 2012, 33.

⁹¹ Per il monito a non sopravvalutare l'efficacia di una disciplina moralizzatrice G. ASTUTI, *Natura*, cit., 33; P. AVRIL, *Saggio sui partiti* (1985), trad. it. a cura di R. Balduzzi, A. Giovannelli, Torino, Giappichelli, 1990, 152, ove pure essa è ritenuta utile. Sull'esigenza di confluenza tra *regole e regolarità* ora A. RUGGERI, *Lo stato comatoso*, cit., 134-135, 138-139.

⁹² ... e anche dalla sostanza assunta negli anni del disgelto costituzionale. Sul punto vale prendere in prestito la limpida osservazione di G. FERRARA: «molte e profonde modifiche sono intervenute a connotare la forma di governo parlamentare in modo diverso dal profilo che essa aveva acquisito mezzo secolo fa, a disgelto costituzionale compiuto» e «profondamente mutato, addirittura rovesciato [è] il clima ideale e politico del nostro Paese, [e] la stessa concezione della democrazia» (“*Il Presidente di Assemblea parlamentare*”, *quarantotto anni dopo*, in *Il Filangeri*, 2013, 305).

⁹³ Quest'ultimo pare il caso del Governo Draghi, che nelle premesse e per lo scenario si presenta assai diversa dalle esperienze fatte sinora in Italia di governi a guida tecnocratica (Ciampi) e c.d. *full technocrats* (Dini e Monti).

⁹⁴ Il che rivela plasticamente la crisi “del fare politica”, anziché della politica: l'esigenza, quindi, di cambiare o meglio rivoluzionare il modo in cui farla. Ecco perché l'esigenza (prima ancor che l'esperienza) del Governo Draghi, oltre al rivolgimento di una fase del quadro politico, dovrebbe significativamente contribuire a produrne la ridefinizione dei paradigmi di ragionamento e di funzionamento.

⁹⁵ B. CARAVITA, *I poteri di nomina e scioglimento delle Camere*, in A. BALDASSARRE, G. SCACCIA (cur.), *Il*

differente, che sui partiti faccia assai minore affidamento. La prima alternativa è preoccupante quanto agli sbocchi, oltre che assai insoddisfacente; l'altra richiederebbe una "grande riforma" che, dinanzi ai ripetuti e cocenti fallimenti a cui sono andati incontro i tentativi dell'ultimo quarantennio, appare ormai quasi mitica.

Si può quindi concludere che una legge che provi a far fare ai partiti, finalmente, quello che è necessario che facciano, affinché la forma di governo funzioni in modo più aderente al disegno costituzionale, la democrazia possa essere più effettiva e l'efficienza della *politics* e delle *policies* generalmente rafforzata grazie al miglioramento della qualità media della classe politica, costituisce una riforma di primaria importanza. Non è tra quelle più in evidenza, più raccomandate e da tutti avvertite come improcrastinabili, tra quelle su cui il Paese sta assumendo un cogente impegno europeo⁹⁶, ma certamente è una riforma utile a contribuire in modo sostanziale a mettere il Paese in condizione di intercettare a pieno le opportunità del *Next Generation EU*⁹⁷. Un'occasione di vero rilancio – nel renderlo più moderno ed efficace, nel sistema pubblico come in quello produttivo, più inclusivo ed equo, anche nei rapporti tra le generazioni, più capace di crescere in modo sostenibile e duraturo – che è sì senza precedenti⁹⁸, ma anche unica, perché non è ragionevole che si ripresenti. E quindi è assolutamente «imperdibile»⁹⁹.

Presidente della Repubblica nell'evoluzione delle forme di governo, 2^a, Roma, Aracne, 2012, 110.

⁹⁶ Il riferimento è al "Piano nazionale di ripresa e resilienza: Italia domani" appena trasmesso all'UE (consultabile in https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_0.pdf), di cui v. spec. la pt. 2, 43 ss.

⁹⁷ L'attenzione è centrata sulla capacità delle amministrazioni pubbliche di fare un buon utilizzo – anzi il migliore possibile – delle risorse che saranno rese disponibili e del sistema Paese di attrarre investimenti e sostenere lo sviluppo, invertendo così una lunga tradizione negativa quanto a capacità di spesa e efficienza reale e percepita (v. "Piano nazionale di ripresa e resilienza: Italia domani", cit. 44 ss.). È però appena il caso di notare che ai problemi strutturali del sistema amministrativo la classe politica, la sua qualità, non è affatto estranea. Infatti, da un lato, gli indirizzi venuti dalla politica sono stati tutt'altro che perfetti; anzi, non di rado sono stati incomprensibili e incoerenti rispetto ai fini di sviluppo e più spesso si sono caratterizzati per essere altalenanti, produttori di contraddittorietà. Dall'altro, anche l'insoddisfacente qualità della burocrazia (che non è bene dare per scontata; v. ora analisi e distinguo in R. ABRAVANEL, *Aristocrazia 2.0. Una nuova élite per salvare l'Italia*, Milano, Solferino, 2021, 215 ss.) è stata causata, per buona parte, dal decisore politico: dalle scelte sulle modalità di reclutamento volte a ridurre la competizione (si pensi, per es., alle stabilizzazioni e alle ripetute estensione di efficacia temporale delle graduatorie, che hanno gravemente ristretto le *chances* dei più giovani e la platea entro cui vagliare), ma anche dalle illecite ingerenze nelle selezioni, modo per dare sfogo alle esigenze di collocamento (e anche ri-collocamento) correlata alla caratteristiche strutturanti della classe politica post-ideologica; sul punto già G. GUARINO di cui almeno *Superdimensionamento della classe politica e disfunzioni del sistema* (1984), ora in ID., *Dalla Costituzione all'Unione europea. Del fare diritto per cinquant'anni*, IV, cit., 81 ss. e *Questione morale, Costituzione, riforme* (1988), ivi, 141 ss.

⁹⁸ È sufficiente dire che l'arrivo dei fondi legati al NGUE «invertirà la storica posizione di *contributore netto* sempre detenuta dal nostro Paese nei confronti del bilancio UE»; lo rimarca la Corte dei conti, sez. controllo affari comunitari e internazionali, nella del. 2 del 12 marzo 2021, all. "Programma delle attività di controllo per l'anno 2021", 6.

⁹⁹ Così la *Premessa*, a firma di Mario Draghi, al "Piano nazionale di ripresa e resilienza: Italia domani", cit., 3.

Giovanna Razzano

Tecnologia *Blockchain* per la banca dati per le DAT? Osservazioni alla luce del diritto alla protezione (e controllo) dei dati personali e del principio del buon andamento * **.

ABSTRACT: *Blockchain information technology represents an opportunity for innovation and digitization of public administration. The article examines the proposal - advanced by a working group set up at the MISE (Ministry of Economic Development) - to test the blockchain for the register for the collection of Advanced Healthcare Directives, in light of the right to protection and control of data (GDPR) and principles of accountability, participation and efficiency of the PA, taking into account the importance of building trust between citizens and digital transformation*

SOMMARIO: 1. *Blockchain*, riforma della pubblica Amministrazione e banca dati per le DAT. - 2. La disciplina concernente la banca dati per le DAT. - 3. Il regolamento del Ministero della salute e la trasmissione delle DAT all'insaputa dei disponenti. - 4. Ulteriori profili di illegittimità del regolamento ministeriale e inopportunità della sperimentazione in questo ambito. - 5. La banca dati per le DAT è un registro centralizzato, non distribuito. - 6. La banca dati per le DAT coinvolge lo 0,33 per cento dei soggetti che potrebbero avvalersene. - 7. Conclusioni.

1. *Blockchain*, riforma della pubblica Amministrazione e banca dati per le DAT.

Fra le tecnologie informatiche più promettenti, in riferimento all'innovazione e alla transizione digitale - ambiti strategici e divenuti, non a caso, di competenza di un Ministero dedicato - spicca la *blockchain*, letteralmente "blocchi concatenati". Si tratta di una *distributed ledger technology*, definibile come uno strumento che permette la creazione e la gestione di un grande *database* distribuito tra più nodi di una rete, le cui informazioni principali sono raggruppate in blocchi concatenati in ordine cronologico, e la cui integrità, riservatezza e segretezza è garantita dall'uso della crittografia. In tal modo è possibile gestire intere catene del valore senza alcuna autorità centrale¹. La logica di *governance* di un registro così organizzato non è infatti la *centralizzazione*, ma la *distribuzione* dell'informazione tra tutti i soggetti autorizzati all'accesso. Le caratteristiche specifiche sono quindi decentralizzazione e fiducia, verificabilità e coordinamento dei dati. Inoltre, più ampia è la catena di blocchi, maggiore è la garanzia; la sicurezza delle transazioni aumenta, infatti, al grado di diffusione della piattaforma².

In Italia, secondo l'Osservatorio *Blockchain & Distributed Ledger* del Politecnico di Milano, l'emergenza sanitaria Covid-19 non avrebbe fermato lo sviluppo delle *Blockchain Technologies* che, anzi, nel 2020 sarebbero entrate in una fase di maggiore maturità. Infatti, nonostante la frenata degli investimenti delle aziende, l'Italia resta nella *top ten* mondiale dei Paesi con più iniziative. Il settore trainante è la finanza, con il 58% della spesa, che è anche l'unico ad aver aumentato gli investimenti

* Pubblicazione effettuata ai sensi dell'art. 3, comma 14, del regolamento della Rivista

** Lo scritto è una rielaborazione dell'intervento al webinar del 24 marzo 2020 su *Blockchain, salute, DAT e Costituzione*, organizzato dall'Università di Pisa, Dipartimento di Scienze giuridiche, con il patrocinio del Centro interdipartimentale "Diritto e tecnologie di frontiera" (DETECT).

¹ M. MARCHESI, *Blockchain pubbliche e permissioned: una questione di fiducia*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 2/2021, 151.

² F. FAINI, *Blockchain e diritto. La «catena del valore» tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1/2020, 297-316; ID., *Il diritto nella tecnica: tecnologie emergenti e nuove forme di regolazione*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 16/2020, 79-117; ID., *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano, 2019; B. CAPIELLO - G. CARULLO, *Blockchain, Law and Governance*, Cham, 2020; F. BRUSCHI, *Le applicazioni delle nuove tecnologie: criptovalute, blockchain e smart contract*, in *Il Diritto industriale*, 2/2020, 162-164; M. CASTELLANI - P. POMI - C. TIBERTI - A. TURATO, *Blockchain. Guida pratica tecnico giuridica all'uso*, Firenze, 2019; I. BASHIR, *Mastering Blockchain. Distributed ledger technology, decentralization, and smart contracts explained*, Birmingham, 2018; M. FINK, *Blockchains and Data Protection in the European Union*, in [European Data Protection Law Review](https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/en/DB/?uri=CELEX:620180000101), 4/2018, 17-35.

(+6%), seguito dall'agroalimentare (11%), dalle *utility* (7%) e dalla pubblica Amministrazione (6%)³. Molto promettente è anche il settore sanitario, dove il paziente stesso potrebbe regolare l'accesso ai propri dati ed esami, in coordinamento con le strutture sanitarie e i medici⁴.

Con riguardo alla pubblica Amministrazione, la cui necessaria riforma passa anche per l'innovazione e la digitalizzazione⁵, cruciale appare la trasformazione del sistema delle banche dati dei vari rami della P.A. nella direzione dell'interoperabilità⁶. Tale obiettivo si interseca con le opportunità rappresentate dalle *Distributed Ledger Technology* e dalla *blockchain*. In riferimento a questa prospettiva è stato elaborato il documento - aperto alla consultazione pubblica dal 18 giugno al 20 luglio 2020 - redatto da un gruppo di trenta esperti nominati dal Ministero dello Sviluppo Economico (MISE)⁷, intitolato *Proposte per la Strategia italiana in materia di tecnologie basate su registri condivisi e Blockchain, sintesi per la consultazione pubblica*⁸. All'interno del documento richiamano l'attenzione, in particolare, le *Raccomandazioni generali per l'applicazione dei registri distribuiti nella P.A.*⁹.

Queste ultime muovono dalla prudenziale osservazione per cui, dal momento che «si tratta di tecnologie in fase di rapida evoluzione, e dagli effetti ancora non del tutto noti, sia necessario maturare sufficienti elementi di valutazione». Oltre ad auspicare, quindi, che i nuovi paradigmi di amministrazione decentralizzata vengano declinati secondo criteri di elevata affidabilità tecnica quanto alla sicurezza e alla *privacy*, il documento sottolinea che «in ambito P.A. vi sono due requisiti preliminari ineludibili: (i) la presenza di vincoli normativi, il cui rispetto (o la cui modifica) è presupposto dell'innovazione tecnologica, in quanto essi sono posti a tutela del singolo; (ii) conseguentemente, la distinzione tra accesso al dato e responsabilità di gestione dello stesso». E questo «sia per consentire (con le dovute tutele, ad esempio, rispetto al GDPR) il maggior accesso possibile al cittadino, sia per ripartire tra le pubbliche amministrazioni le responsabilità di gestione dei dati, ancorché nativamente distribuiti (es. anagrafi)»¹⁰. A tal fine il documento raccomanda di procedere ad una valutazione d'impatto accurata, che verifichi l'opportunità di utilizzare le tecnologie

³ La stessa emergenza ha evidenziato i benefici ottenibili da soluzioni blockchain per la gestione dell'identità in ambito clinico/sanitario o economico e sono nati iniziative e progetti di infrastrutture internazionali come EBSI, la [European Blockchain Services Infrastructure](#), che sta promuovendo diverse sperimentazioni.

⁴ Così K. MURPHY ET AL., *Artificial intelligence for good health: a scoping review of the ethics literature*, in [BMC Medical Ethics](#), 15.02.2021; *Blockchain and Clinical Trial. Securing Patient Data*, a cura di H. Jahankhani et al., Berlin, 2019; S. CARUSO, *Trial clinici, portabilità dei dati più vicina. Stop ai silos, largo alla blockchain*, 3 gennaio 2021, in [Agenda Digitale.eu](#). C. CASONATO, M. TOMASI, *Diritti e ricerca biomedica: una proposta verso nuove consonanze*, in [BioLaw Journal](#), 2019, 346. Nella prospettiva civilistica, da ultimo, M. CIANCIMINO, *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e intelligenza artificiale*, Napoli, 2021.

⁵ Cfr. sul tema M. MACCHIA, *Blockchain e pubblica amministrazione*, in [Federalismi.it](#), 2/2021, 18 gennaio 2021; si rinvia ai contributi raccolti in AA.VV., *Blockchain, politiche pubbliche, regole. Dalle semplificazioni amministrative alla digitalizzazione*, a cura di S. Ciucciiovino, M. Faiolie, A. Toscano, in [Federalismi.it](#), 2/2021. Sulle opportunità dell'intelligenza artificiale nella P.A., Cons. Stato Sez. VI, 04/02/2020, n. 881, con commento di A.G. OROFINO - G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 2020, 7, 1738. Per i giudici di Palazzo Spada è legittimo, giacché risponde al principio costituzionale di buon andamento e può permettere una maggiore efficienza e imparzialità da parte delle amministrazioni, l'utilizzo di algoritmi informatici per la determinazione del contenuto di provvedimenti amministrativi, anche discrezionali. Al fine di consentire la piena conoscibilità del modulo utilizzato e dei criteri applicati con l'algoritmo, occorre garantire un'ampia trasparenza, che deve investire ogni aspetto della formazione e dell'impiego del mezzo informatico, così da garantire la conoscibilità dell'identità dei suoi autori, il procedimento usato per la sua elaborazione, il meccanismo di decisione e l'imputabilità delle responsabilità derivanti dall'adozione del provvedimento automatico: cfr. già Cons. St., n. 8472/2019; cfr. anche E. Picozza, *Politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giur. It.*, 2019, 7, 1657.

⁶ Cfr. il Piano nazionale ripresa e resilienza, audizione in Commissione Affari costituzionali del Senato del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione Paola Pisano, 6 ottobre 2020. Il medesimo tema è stato sviluppato dall'attuale Ministro Vittorio Colao nell'audizione alla Camera dei deputati del 13 aprile 2021 sul PNRR.

⁷ Titolare del Ministero era l'on. Stefano Patuanelli, Governo Conte II.

⁸ MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, [Proposte per la strategia italiana in materia di tecnologie basate su registri condivisi e Blockchain](#).

⁹ MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, [Proposte per la strategia italiana](#), cit., 20.

¹⁰ *Ivi*, 21.

di registro distribuito rispetto ad altre possibili soluzioni tecnologiche; che verifichi, inoltre, le reali ed effettive necessità di P.A., (...) i vantaggi applicativi attesi, (...) gli eventuali fattori di rischio». Apprezzabile è che si inviti, altresì, a promuovere il più possibile soluzioni incentrate sui cittadini, sui loro diritti e reali bisogni, piuttosto che sulla tecnologia stessa, evitando ogni forma di «imperativo tecnologico (si può fare, quindi si deve fare)»¹¹. Si tratta di raccomandazioni coerenti sia con il diritto al rispetto della riservatezza e alla protezione dei dati personali – sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea ed espressione del principio personalista¹² - sia con i principi costituzionali in tema di pubblica Amministrazione, soprattutto in riferimento al principio del buon andamento, di cui all’art. 97, comma 2, Cost.; in particolare l’ottimizzazione dei risultati in relazione ai mezzi impiegati, l’adeguamento delle risorse rispetto ai fini da perseguire, e la capacità di raggiungere effettivamente i risultati¹³.

Proprio in riferimento a queste premesse, solleva qualche perplessità, tuttavia, l’idea, suggerita sempre nelle menzionate *Raccomandazioni*, di sperimentare la *blockchain* per la banca dati per le Disposizioni Anticipate di Trattamento (d’ora in poi DAT). Il documento del MISE suggerisce infatti «la sperimentazione di un caso d’uso relativo ad un nuovo pubblico registro (quale ad esempio l’istituendo registro delle Disposizioni Anticipate di Trattamento o DAT) o all’interazione di pubblici registri già esistenti (ad esempio su base internazionale)». E ciò in quanto si tratterebbe, sempre secondo il MISE, «di sperimentazioni che consentono da una parte una più semplice valutazione dei benefici in termini assoluti e non comparativi e dall’altra di *evitare di impattare con vincoli legislativi*»¹⁴.

Al riguardo spiccano due “sviste” non proprio irrilevanti, indice, forse, di una non perfetta focalizzazione del «caso d’uso» proposto per la sperimentazione. Il riferimento è, in primo luogo, all’«istituendo» registro per le DAT. In realtà il registro è stato «istituito» già da qualche anno, precisamente dalla l. n. 205/2017 (legge di bilancio per il 2018), che, all’art. 1, comma 418, così ha disposto: «È istituita presso il Ministero della salute una banca dati destinata alla registrazione delle DAT attraverso le quali ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un’eventuale futura incapacità di autodeterminarsi, può esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Per l’attuazione del presente comma è autorizzata la spesa

¹¹ [Ivi](#), 23.

¹² P. COSTANZO, *Note minime in tema di tutela dei dati personali in internet e Privacy Enhancing Technologies*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, 289-306; ID., *I diritti nelle “maglie” della Rete*, in AA.VV., *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, Pisa, 2010; G. FINOCCHIARO, voce *Identità personale (diritto alla)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Aggiorn. Torino, 2010; G. PITRUZZELLA, *Big Data, competition and privacy: a look from the Antitrust perspective*, in [Concorrenza e Mercato](#), 2016, 15; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, t. II, Torino, 2016; P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018, 481; *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di P. V. Cuffaro, R. D’Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019.

¹³ Cfr. P. COSTANZO, *Internet (diritto pubblico)*, in *Digesto Quarta Edizione (Discipline pubblicistiche)*, Appendice, Torino, 2000, 347 ss.; ID., *Nuove tecnologie e “forma” dell’amministrazione*, in P. COSTANZO, G. DE MINICO e R. ZACCARIA, *I tre “codici” della società dell’informazione*, Atti del convegno di Firenze del 9 giugno 2006, Torino, 3-12; AA.VV., *Intelligenza Artificiale, Machine Learning e Pubblica Amministrazione*, Dossier, in *Cyberspazio e diritto*, n. 1/2020, 7-86; AA.VV., *Amministrazione elettronica: caratteri, finalità, limiti*, a cura di G. Cammarota e P. Zuddas, Torino, 2020; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, n. 2/2020, 305-328; P. PIRAS, *Il tortuoso cammino verso un’amministrazione nativa digitale*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, A. 36(2020) n. 1, 43-65; C. BENETAZZO, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in [Federalismi.it](#), n. 16/2020; D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in [Federalismi.it](#), 3/2019.

¹⁴ Cfr. MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, [Proposte per la strategia italiana](#), cit., 27 (corsivo mio). Il documento continua affermando che «questo approccio permetterà, allo stesso tempo, di confrontare l’uso della tecnologia Blockchain/DLT rispetto ad altre tecnologie tradizionali quali database in modo da poter quantificare i benefici introdotti rispetto ai costi ed all’aumento di complessità».

di 2 milioni di euro per l'anno 2018»¹⁵. È poi intervenuto il regolamento del Ministero della salute 10 dicembre 2019 n. 168, entrato in vigore il 1° febbraio 2020, che all'art. 11 ha previsto che, entro sessanta giorni dall'attivazione della banca dati, vengano trasmessi alla banca i nominativi dei disponenti ed entro centottanta giorni la copia delle loro DAT¹⁶.

La seconda svista attiene al presunto vantaggio consistente nell'evitare di «impattare con vincoli legislativi». In riferimento alla banca dati per le DAT, però, non solo non mancano «vincoli legislativi», ma la disciplina complessiva, ricavabile da più fonti normative, risulta anche piuttosto disordinata; sussiste inoltre, con specifico riguardo al menzionato regolamento ministeriale, qualche dubbio di legittimità, sia in riferimento alla stessa legge n. 219/2017, recante “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”, sia in riferimento alle norme in tema di protezione dei dati personali, quali il c.d. GDPR¹⁷, il “Codice in materia di protezione dei dati personali”¹⁸ e lo stesso art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁹.

Si tratta di aspetti su cui è necessario soffermarsi, al fine di valutare se la sperimentazione della *blockchain* per il registro delle DAT sia effettivamente appropriata, in riferimento alle caratteristiche di questa tecnologia e alle finalità del registro; se, inoltre, sia davvero opportuno, in questo specifico ambito, il passaggio da una gestione centralizzata ad una distribuita e decentralizzata dei dati, secondo il modello di *governance* dei registri organizzati secondo la *blockchain*. Occorre poi domandarsi, su di un piano non solo giuridico-costituzionale, ma anche di carattere socio-politico, se l'eventuale investimento per applicare la tecnologia *blockchain* al registro per la raccolta delle DAT sia effettivamente un modo di avvicinare in modo consapevole una larga parte della popolazione alle nuove tecnologie, in quanto soluzione modulata sui diritti e sui bisogni effettivi delle persone, secondo gli obiettivi dichiarati dal menzionato studio del MISE e coerenti con i principi costituzionali ed europei.

2. La disciplina concernente la banca dati per le DAT.

La disciplina concernente la banca dati per le DAT soffre di un vizio di fondo, rappresentato dalla circostanza che la menzionata legge sulle DAT, la n. 219/2017, ha mancato di istituire un registro nazionale per la loro raccolta. Da ciò deriva, com'è stato notato, la *non imprescindibilità* di tale strumento per la soddisfazione del diritto alla salute dei disponenti²⁰. L'unica occasione in cui la suddetta legge menziona una “banca dati” è nell'art. 4, comma 7, laddove ci si riferisce, però, ad eventuali banche dati istituite e regolate autonomamente dalle regioni. Da questa disposizione si evince, peraltro, un principio importante.

Infatti, «nei casi in cui le regioni adottino modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio sanitario nazionale», queste possono, con proprio atto, regolamentare la raccolta di copia delle DAT, compresa l'indicazione del fiduciario, e il loro inserimento nella banca dati, lasciando al firmatario «la libertà di scegliere se darne copia o indicare dove esse siano reperibili»²¹. La legge

¹⁵ A questa cifra, la legge di bilancio per il 2019 (l. n. 145/2018, art. 1, comma 573) ha poi aggiunto 400 mila euro ogni anno.

¹⁶ Su cui *infra*, § 2 e 3.

¹⁷ Reg. UE n. 679/2016.

¹⁸ Il “Codice privacy”, com'è noto, è contenuto nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, novellato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 e dalla legge 27 dicembre 2019, n. 160.

¹⁹ Per comodità del lettore si riporta il testo, rubricato *Protezione dei dati di carattere personale*: «1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

²⁰ M. CIANCIMINO, *Istanze di riservatezza nelle disposizioni anticipate di trattamento. Considerazioni a margine dell'istituzione della Banca dati nazionale per le DAT*, in corso di pubbl. in *Rass. dir. civ.*, § 10-11.

²¹ Art. 4, comma 7, l. n. 219/2017.

sancisce quindi il principio della libertà di scelta del disponente («firmatario») in merito al dare o meno copia delle DAT o comunque indicazioni su dove le stesse siano reperibili, a fronte dell'eventuale istituzione di una banca dati. Si tratta evidentemente di un aspetto della libertà personale, tanto più significativo, quanto più si consideri che è riconosciuto in una legge che ha inteso valorizzare, in materia sanitaria, il principio del consenso informato e quello di autodeterminazione, nell'alveo degli artt. 2, 13 e 32 Cost. e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²².

La medesima legge permette poi, com'è noto, che le DAT siano redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie, qualora ricorrano i presupposti del già menzionato comma 7²³. La «Norma Transitoria» di cui al successivo art. 6 dispone poi che «ai documenti atti ad esprimere le volontà del disponente in merito ai trattamenti sanitari, depositati presso il comune di residenza o presso un notaio prima della data di entrata in vigore della presente legge, si applicano le disposizioni della medesima legge».

Dall'insieme di queste disposizioni si ricava, in sintesi, la legittimità di una pluralità di forme di raccolta e registrazione delle DAT, a prescindere dai modi, dai tempi e dal regime giuridico vigente al momento in cui le stesse sono state redatte, firmate, depositate, registrate. Si evince, inoltre, che i casi pregressi di documenti genericamente qualificati dal legislatore come «atti ad esprimere le volontà del disponente in merito ai trattamenti sanitari» debbano essere ricondotti alla disciplina normativa sopravvenuta, ossia alla l. n. 219/2017. Quest'ultima, a sua volta, sancisce, come si è visto, il principio della libertà di scelta del firmatario quanto alla trasmissione o meno di copia delle proprie DAT o di indicazioni circa la reperibilità delle stesse, allorché vi sia una banca dati.

Successivamente è intervenuta l'altra norma di carattere primario, ossia la menzionata l. n. 205/2017, che ha sì istituito la banca dati per la registrazione delle DAT, ma non ha previsto *se*, ad opera di *quali soggetti* e *con quali modalità* le DAT vadano *trasmesse* alla stessa banca. Di conseguenza né la l. n. 219/2017, né la l. n. 205/2017, che rappresentano le norme primarie di riferimento in materia, contengono una qualsiasi disposizione che preveda la *trasmissione* delle DAT alla banca dati nazionale.

A ciò ha provveduto l'ultimo tassello, rappresentato da un regolamento del Ministero della salute (d'ora in poi Regolamento), norma di rango secondario. Come previsto dal comma 419 della stessa l. n. 205/2017²⁴, è stato adottato il D.M. 10 dicembre 2019, n. 168, intitolato *Regolamento concernente la banca dati nazionale destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT)*. È questa la norma che ha disposto (art. 3, comma 2) che taluni soggetti, definiti

²² Per un'analisi della l. n. 219/2017, cfr. G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasi*, Torino, 2019; L. EUSEBI, *Decisioni sui trattamenti sanitari o «diritto di morire»? I problemi interpretativi che investono la legge 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.*, 1/2018; AA.VV., *Consenso informato e Dat: tutte le novità*, a cura di M. Rodolfi, C. Casonato, S. Penasa, in *Il civilista*, 2018 (ed. spec. sulla legge n. 219/2017); G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2018, 47; AA.VV., *Forum: La legge 219 del 2017*, in *Rivista di BioDiritto*, 1/2018; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal*, 1/2018, 121; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018; M. BIANCA, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Famiglia*, 1/2018; F. GIARDINA, *Qualche riflessione sul consenso al trattamento medico (con particolare riguardo alla legge 219/2017)*, in *Riv. it. cure pall.*, 2/2018; P. BORSELLINO, *«Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento». Una conquista per i pazienti e per gli operatori sanitari*, in *Riv. it. cure pall.*, 1/2018; R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium Iuris*, 2018, 689.

²³ Così art. 4, comma 6, l. n. 219/2017.

²⁴ Secondo cui «entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro della salute, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e acquisito il parere del Garante per la protezione dei dati personali, sono stabilite le *modalità di registrazione delle DAT* presso la banca dati di cui al comma 418» (corsivo mio).

«alimentanti» (ossia, ai sensi dell'art. 4, comma 7, notai, ufficiali di stato civile e soggetti responsabili presso quelle Regioni che abbiano una banca dati) *trasmettano* copia delle DAT alla banca dati nazionale, con il consenso del disponente.

Occorre dunque interrogarsi, innanzitutto, sulla compatibilità fra questa previsione regolamentare e il principio sancito dalla norma primaria, sulla libertà di scelta quanto alla trasmissione o meno di copia delle proprie DAT ad una banca dati o alle indicazioni sulla reperibilità. La risposta affermativa è evidentemente condizionata dalla preventiva acquisizione del consenso del disponente, senza il quale tale libertà di scelta verrebbe illegittimamente eliminata, ponendosi così la norma secondaria in contrasto con quella di rango primario. In mancanza di un preventivo consenso, fra l'altro, il Regolamento finirebbe non solo per sopprimere la libertà di scelta espressamente sancita dalla legge n. 219/2017, ma anche per porsi in contrasto con le vigenti norme in materia di protezione dei dati personali. Si tratterebbe di una trasmissione dei nominativi dei disponenti e delle relative DAT a loro insaputa. Non va infatti dimenticato che, fino alla realizzazione effettiva della banca dati, il 1° febbraio 2020, tutti i disponenti, sia quelli con DAT precedenti all'entrata in vigore della legge n. 219/2017, sia quelli con DAT redatte successivamente alla stessa, hanno sottoscritto e consegnato le stesse in assenza di qualunque norma che prevedesse una banca dati nazionale cui trasmettere tali disposizioni.

3. Il regolamento del Ministero della salute e la trasmissione delle DAT all'insaputa dei disponenti.

Il punto è che, nella norma transitoria, il Regolamento ha invece previsto proprio l'invio "d'ufficio" e forzoso alla banca nazionale dei nominativi, dati e DAT di tutti coloro che avessero redatto le stesse precedentemente al 1° febbraio 2020. L'art. 11 del d.m. 10 dicembre 2019, n. 168 ha infatti disposto che notai, ufficiali di stato civile e soggetti a ciò eventualmente deputati dalle regioni - ossia tutti i soggetti «alimentanti» - trasmettano, senza l'acquisizione di alcun consenso informato da parte dei disponenti, l'elenco nominativo di tutti quelli che abbiano compilato DAT antecedentemente alla realizzazione della stessa banca dati²⁵.

A fugare qualsiasi dubbio interpretativo in merito a questa disposizione e al suo significato, vi sono le FAQ pubblicate sul sito istituzionale dello stesso Ministero. Alla domanda n. 14, «Per le DAT espresse prima del 1° febbraio 2020 è necessario acquisire il consenso dell'interessato per la trasmissione di copia della DAT alla banca dati nazionale?», il Ministero fornisce la seguente risposta: «Per le DAT pregresse non sarà necessario acquisire il consenso dell'interessato alla trasmissione di copia delle DAT alla banca dati nazionale in quanto sarebbe troppo oneroso per i soggetti alimentanti ricontattare tutti i disponenti». Ancora, il disciplinare tecnico allegato al Regolamento, laddove indica le varie informazioni per il modulo elettronico che il soggetto alimentante è tenuto a riempire, prevede, accanto alla voce «Consenso del disponente alla trasmissione di copia delle DAT alla Banca dati nazionale», sia la risposta «Sì», sia la risposta «No».

Le suddette FAQ assicurano che vi è la possibilità di richiedere la cancellazione *ex post* della propria DAT. Tuttavia, a prescindere dal fatto che nel disciplinare tecnico non è prevista alcuna voce né strumento per la cancellazione, la previsione di meccanismi c.d. di *opt-out* in sostituzione di quelli di *opt-in* è una pratica che, com'è stato ricordato, la Corte di giustizia ha contestato, in ambiti fra l'altro meno sensibili di quello in esame, ritenendola lesiva del diritto all'autodeterminazione

²⁵ Questo il testo dell'art. 11, denominato *Disposizioni transitorie*: «1. Entro sessanta giorni dall'attivazione della Banca dati nazionale, i soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, trasmettono al Ministero della salute, affinché venga inserito nella Banca dati, un elenco nominativo delle persone che hanno espresso dichiarazioni anticipate di trattamento antecedentemente alla realizzazione della stessa Banca dati. La Banca dati nazionale rende disponibile al medico che ha in cura il paziente e al fiduciario, che ne facciano richiesta, l'indicazione dell'esistenza della DAT e del luogo ove la stessa è conservata. 2. Entro centottanta giorni dall'attivazione della Banca dati nazionale, i soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, trasmettono al Ministero della salute copie delle DAT dei disponenti di cui al comma 1».

informativa dell'interessato, in quanto nociva della formazione del consenso effettivo²⁶. In assenza di comunicazioni dirette da parte del Ministero ai disponenti, questi ultimi ben potrebbero essere all'oscuro dell'esistenza di una banca dati e del fatto che il proprio nome e le proprie DAT (scritte, magari, anni addietro, perché la legge non pone alcun limite temporale alla validità delle DAT e ha "validato" anche quelle precedentemente redatte) vi siano stati trasmessi.

In definitiva la trasmissione d'ufficio, ai sensi del Regolamento, dei nominativi dei disponenti e delle copie delle loro DAT significa che questi dati sono stati di fatto *trattati* senza consenso, senza informazione preventiva all'interessato²⁷, senza alcuna base legislativa - anzi sulla base di una norma regolamentare che, su questo punto, è in contrasto con la legge (la medesima l. n. 219/2017, art. 4, comma 7) -, senza che sia evidenziato alcun motivo di interesse pubblico rilevante e superiore rispetto alla protezione dei dati personali, senza assicurare il diritto di opposizione e, quindi, in sostanziale contrasto con il diritto fondamentale e inviolabile degli interessati alla protezione dei propri dati, oltretutto potenzialmente attinenti allo stato di salute²⁸, sancito dal GDPR e dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali UE²⁹.

Va anche osservato, per inciso, che i disponenti a cui si riferisce la norma transitoria del Regolamento sono, verosimilmente, la quasi totalità dei disponenti, cosicché la norma in discussione incide fortemente sull'intera platea. È infatti improbabile che, in concomitanza con la pandemia, il *lockdown* e soprattutto in considerazione del drammatico problema della scarsità delle risorse mediche, siano stati molti, in questi mesi successivi all'entrata in funzione della banca dati, a partire dal 1° febbraio 2020, coloro che si siano premurati di redigere DAT e di andarle a consegnare a notai, comuni e regioni, indicando magari di rifiutare, *pro futuro*, la NIA e la stessa ventilazione. Le DAT, infatti, tradizionalmente concepite al fine di limitare, nel caso di futura incapacità di autodeterminarsi, trattamenti sanitari che si temono come eccessivi o di "accanimento terapeutico", si configurano oggi - dinanzi alla catastrofe pandemica, che ha posto in evidenza l'insufficienza e/o la cattiva distribuzione di risorse terapeutiche (in particolare terapie intensive e ventilatori) - come strumenti per certi versi "rischiosi" rispetto all'effettiva garanzia del diritto alla salute³⁰. Quel paradigma per cui occorrerebbe difendersi dall'eccesso di terapie e dal paternalismo medico risulta superato da una realtà ben diversa³¹. Dal timore per l'eccesso di terapie, si è passati infatti al diffuso allarme per la mancanza di terapie, nonché di personale sanitario dedicato, mentre tutti percepiscono non solo il rischio di non trovare adeguato supporto in caso di patologia da Covid-19, ma anche crescenti difficoltà per ottenere, nell'ambito del servizio sanitario nazionale e in tempi congrui, accertamenti diagnostici, visite specialistiche e interventi d'elezione.

Ad ogni modo, le fondamentali garanzie concernenti la libertà personale e la protezione dei propri dati sensibili sono state considerate dal Ministero della salute, una sorta di intralcio - «troppo oneroso» affermano le FAQ del Ministero - rispetto all'obiettivo di alimentare la banca dati, da riempire «senza indugio», come più volte il Regolamento sollecita a fare. Se poi si considerano i

²⁶ M. CIANCIMINO, *Istanze di riservatezza*, cit., § 10; l'A. cita Corte giustizia UE, 1 ottobre 2019, C-673/17, *Planet49*, in *MediaLaws*, 2/2020, 316 ss., con nota di R. CABAZZI, *Utilizzo dei cookie e (nuova) tutela dell'utente interessato: la presa di posizione della Corte di Giustizia nel caso Planet49*; S. THOBANI, *La libertà di consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2/2016, 513 ss.

²⁷ Cfr., al contrario, artt. 12 e ss. del GDPR.

²⁸ In quanto tali annoverabili fra le «categorie particolari di dati» di cui all'art. 9 del GDPR.

²⁹ F. PIRAINO, *I "diritti dell'interessato" nel regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 12, 2777; *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole di mercato. Commentario al Reg. UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato D.Lgs. n. 196/2003*, a cura di R. Panetta, Milano, 2019; R. SENIGAGLIA, *Reg. UE 2016/679 e il diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2017, 1023 ss.; R. TORINO, *Il diritto di opposizione al trattamento dei dati personali e il diritto a non essere sottoposti a decisioni basate su trattamenti automatizzati e alla profilazione nel Regolamento (UE) 2016/679*, in *Cittadinanza eur.*, 2018, 45 ss.

³⁰ Questo aspetto è stato considerato in G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle raccomandazioni SIAARTI per l'emergenza Covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 113.

³¹ Su questo punto già L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *Corti supreme e salute*, 2/2020, 502.

contenuti di questi dati (le DAT), che possono venire in essere solo al momento dell'incapacità del disponente (art. 4, comma 1, l. 219/2017) e che si configurano come disposizioni "di ultima volontà", l'attuale Regolamento sembra retrocedere, sul piano della sensibilità giuridica, anche rispetto all'antica legge sull'ordinamento del notariato, che protegge accuratamente gli atti di ultima volontà del testatore, secondo una *ratio* già allora ispirata alla tutela dei dati della persona. L'art. 67, comma 2, l. 16 febbraio 1913, n. 89, dispone infatti che il notaio «non può permettere l'ispezione, né la lettura, né dar copia degli atti di ultima volontà, e rilasciarne estratti e certificati, durante la vita del testatore, se non al testatore medesimo o a persona munita di speciale mandato in forma autentica»³².

Molto significativa, al riguardo, è la nota che il Consiglio Nazionale del Notariato ha ritenuto di inviare il 10 febbraio 2020³³, a proposito dell'interpretazione del nuovo Regolamento ministeriale; vi si legge, fra l'altro: «Se il disponente non ha consentito all'invio della copia dell'atto, i dati relativi devono comunque essere trasmessi alla Banca Dati DAT, ed il sistema indica automaticamente che la copia dell'atto è reperibile presso lo studio del Notaio; è quindi opportuno rendere edotto il disponente della conseguenza del mancato consenso all'invio della copia autentica della DAT alla Banca Dati». Con specifico riguardo alle norme transitorie, poi, si afferma quanto segue: «L'orientamento ministeriale, come si rileva dalla relativa informativa privacy, appare confermare che la copia autentica della DAT debba essere comunque inviata, ove non consti una esplicita contraria volontà espressa dal disponente. Occorre provvedere alle formalità suindicate anche nel caso in cui il soggetto disponente sia nel frattempo deceduto, per consentire agli interessati di consultare la DAT, per eventuali verifiche di carattere medico che si rendessero necessarie». Si può osservare, al riguardo, un orientamento abbastanza restrittivo quanto al punto, nodale, dell'invio della copia delle DAT a fronte di una *esplicita* volontà contraria *espressa* dal disponente; anche se lascia piuttosto perplessi, in assenza di qualsiasi previsione normativa al riguardo, l'invito a trasmettere copia delle DAT dei soggetti deceduti, su cui si tornerà oltre. Resta da chiedersi quale sia, poi, l'orientamento interpretativo seguito dai vari ufficiali comunali, ossia dagli altri principali soggetti legittimati dalla legge a ricevere copia delle DAT.

La norma transitoria del Regolamento risulta comunque non solo contraria alla legge, al Regolamento europeo (GDPR) e in ultima analisi alla Costituzione, ma anche ispirata da interessi socio-politici distanti da quelli cui si riferisce il MISE nelle sue *Proposte per la Strategia italiana in materia di tecnologie basate su registri condivisi e Blockchain*, orientati, piuttosto, a promuovere soluzioni innovative nelle pubblica Amministrazione incentrate sui cittadini, sui loro diritti e reali bisogni e in un contesto di fiducia alimentato da tutele e garanzie. In altri termini, se si punta a promuovere ed utilizzare la *blockchain* nel rispetto del GDPR³⁴, nella consapevolezza del rilievo costituzionale del tema della protezione dei dati³⁵, risulta inopportuna, sul piano reputazionale e

³² Secondo il CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO ([Studio n. 136/2018/C della Commissione studi civilistici, Le disposizioni anticipate di trattamento, 6 novembre 2018](#)) interpretando per analogia questa disposizione, finché è capace il disponente, solo il fiduciario può richiedere copia delle DAT. Divenuto incapace il disponente, «appare congruo ritenere che la normativa generale in tema di rilascio di copie ridispieghi piena efficacia, a fronte di esibizione di certificato medico che attesti la sopravvenuta incapacità del disponente e la conseguente necessità del rilascio di copie a terzi. Questa ricostruzione trova riscontro nel regolamento europeo in materia di protezione di dati personali» (*Ivi*, 10). Cfr. pure A. Torroni, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento: un rapporto essenziale ma difficile*, in *Rivista del Notariato*, 2/2018.

³³ Prot. 0001349/2020.

³⁴ Sul tema G. D'ACQUISTO, *Blockchain e GDPR: verso un approccio basato sul rischio*, in [Federalismi.it](#), 18 gennaio 2021; A. GAMBINO - C. BOMPRESZI, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3/2019, 619-646; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1657; L. MOEREL, *Blockchain & Data Protection...and Why They Are Not on a Collision Course*, in *European Review of Private Law*, 6/2019, 825-852; ID., *Blockchain & Data Protection...and Why They Are Not on a Collision Course*, in *European Review of Private Law*, 6/2019, 825-852; W. MAXWELL - J. SALMON, *A guide to blockchain and data protection*, , Brussels, 2017; M. BERBERICH - M. STEINER, *Blockchain Technology and the GDPR-How to Reconcile Privacy and Distributed Ledgers?*, in [European Data Protection Law Review](#), 2/2016, 422-426.

³⁵ Per quanto non testualmente previsto, tale diritto trova fondamento negli artt. 2, 14, e 15 Cost., oltre che in norme europee e convenzionali: cfr. *Il "nuovo" codice in materia di protezione dei dati personali. La normativa italiana dopo*

dell'immagine di questa nuova tecnologia informatica, una sperimentazione nell'ambito del registro per le DAT, disciplinato in modo incurante del diritto alla protezione dei dati personali, nonché del principio di autodeterminazione e di libertà di scelta in materia sanitaria, come si vedrà ancora più nel dettaglio.

4. *Ulteriori profili di illegittimità del regolamento ministeriale e inopportunità della sperimentazione in questo ambito.*

Il Regolamento, non a caso, ha disatteso i pareri che erano stati resi in materia dal Garante per la privacy e dal Consiglio di Stato. Il primo, da parte sua, intervenuto sul testo del decreto ministeriale mentre era ancora in bozza³⁶, non aveva mancato di osservare, rispetto alla disciplina transitoria del Regolamento in questione (art. 10 nella bozza), che, per un verso, la condivisione di informazioni tra i diversi soggetti richiamati non fosse idoneo a soddisfare i requisiti del Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs n. 101/2018) e che, per altro verso, la previsione esprimesse «una modalità diversa ed ulteriore rispetto a quella prevista dal legislatore». Anche nella successiva *Relazione 2019* del medesimo Garante per la protezione dei dati personali³⁷, in tema di regolamentazione delle DAT, si riferisce che il Garante ha dato parere favorevole ad una banca dati in grado di costituire «un polo unico nazionale di tali dichiarazioni, *seppure su base volontaria*». Inoltre - si legge sempre nella Relazione - «nella menzionata Banca dati saranno raccolte, *con il consenso della persona che si è avvalsa del testamento biologico*, le copie delle dichiarazioni, i successivi aggiornamenti delle stesse nonché la nomina e la revoca dell'eventuale fiduciario, anche di quanti non sono iscritti al Ssn»³⁸.

Il Regolamento ha quindi seguito una strada diametralmente opposta su due aspetti essenziali: la base volontaria su cui sarebbe dovuta avvenire la trasmissione del proprio nominativo e della copia delle proprie DAT e, più specificamente, l'acquisizione previa del consenso del disponente. Anche il Consiglio di Stato, nel proprio parere, aveva affermato che «la banca dati nazionale deve, *su richiesta dell'interessato*, poter contenere copia delle DAT stesse, compresa l'indicazione del fiduciario e l'eventuale revoca»³⁹.

Né soccorre, sul punto, l'art. 7 del Regolamento, che si premura di affermare che il Ministero, in quanto titolare, «effettua il trattamento dei dati personali presenti nella Banca dati nazionale, per i motivi di interesse pubblico rilevante di cui all'articolo 2-*sexies*, comma 2, lettere t) e u)» (del Codice privacy). La norma invocata, com'è stato notato⁴⁰, non è infatti idonea a legittimare i trasferimenti di dati di cui all'art. 11 del Regolamento (*Norma transitoria*), per la semplice ragione che il trasferimento dei nominativi e dei dati non era prevista in nessuna norma, tanto meno di rango legislativo, al momento in cui i disponenti stesero le DAT. Il trasferimento d'ufficio disposto dalla

il d.lgs. 101/2018, a cura di S. Scagliarini, Torino, 2019; *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 11 agosto 2018*, n. 101, a cura di G. Finocchiaro, Zanichelli, Bologna, 2019; *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, a cura di L. Califano - C. Colapietro, Napoli, 2018; *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, a cura di G. Busia - L. Liguori - O. Pollicino, Roma, 2016.

³⁶ Garante per la protezione dei dati personali, Parere 29 maggio 2019, n. 123, doc. web n. 9117770, previsto dalla stessa legge di bilancio per il 2018.

³⁷ Cfr. 88 della Relazione al [sito del Garante](#).

³⁸ *Ibidem* (corsivi miei).

³⁹ Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 18 luglio 2018, n. affare 01298/2018, Parere richiesto il 22 giugno 2018 dal Ministero della salute, sulla «prevista istituzione della banca dati nazionale, ex art. 1, comma 418, legge n. 205/2017, destinata alla registrazione delle disposizioni anticipate di trattamento (c.d. DAT)», pubblicato il 31 luglio 2018 (corsivo mio).

⁴⁰ M. CIANCIMINO, *Istanze di riservatezza*, cit., § 11.

norma secondaria è quindi in contrasto, oltre che con la libertà di scelta sancita dalla l. n. 219/2017, anche con la garanzia della previa informativa finalizzata all'esercizio del diritto di opposizione⁴¹.

Altrettanto vale per l'art. 9 del GDPR, che indica le ipotesi in cui il trattamento di dati è ammesso anche in assenza del consenso del disponente. Va escluso, soprattutto, che con riguardo al trattamento senza consenso dei nominativi dei disponenti e delle loro DAT rilevino le finalità di cura (art. 9, par. 2, lett. h, GDPR) e la tutela di interessi vitali di soggetto incapace (art. 9, par. 2, lett. c)⁴². Sarebbe davvero espressione di paternalismo invocare, da parte del Ministero, che senza consenso e senza una fondamento legislativo "tratta" dati personali, le ragioni della cura e della tutela degli interessi vitali dello stesso disponente. Non va dimenticato infatti che questi, attraverso le DAT, ha inteso esercitare la propria autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari, ai sensi della l. n. 219/2017, proprio per non lasciare totalmente ad altri - in particolare ai medici - l'interpretazione della «cura» e degli «interessi vitali». Sarebbe davvero paradossale, quindi, che di tale «cura» e di tale «tutela» si incaricasse il Ministero della salute, attraverso un proprio regolamento. Ed è improbabile, peraltro, che la Corte di Giustizia UE possa legittimare una tale interpretazione del GDPR, contraria, fra i vari principi, a quello di correttezza e trasparenza⁴³ e, più a monte, all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Al contrario, i contenuti delle disposizioni, data la materia, possono contenere informazioni sensibili, ossia qualificarsi come «categorie particolari di dati personali» ex art. 9 GDPR⁴⁴, nella misura in cui dalle DAT sia possibile desumere elementi riguardanti lo stato di salute del disponente stesso, nonché le sue convinzioni religiose o filosofiche⁴⁵.

È stato inoltre segnalato un ulteriore aspetto di illegittimità dell'art. 11 del Regolamento. Si è notato, infatti, che il trasferimento forzoso delle DAT presenta profili di violazione dell'art. 3 Cost. L'art. 11, infatti, prevede che colui che si trovi a redigere una DAT successivamente al 1° febbraio 2020 possa consentire espressamente a trasferire copia delle sue DAT alla Banca dati o, in alternativa, indicare la mera allocazione della stessa ai fini della sua eventuale consultazione, mentre, al contrario, è stata negata la possibilità di esprimere il consenso al trasferimento a tutti coloro che avevano già depositato le DAT prima del 1° febbraio 2020. In tale diversità di trattamento sembra possibile intravedere dei profili di irragionevolezza: non si comprende, infatti, perché i «disponenti futuri» siano tutelati nel loro diritto di informazione effettiva e di libertà di scegliere se e come servirsi della banca dati, mentre i «disponenti pregressi» - a maggior ragione coloro che hanno stilato le DAT precedentemente alla legge n. 219/2017, in assenza, dunque, di un contesto normativo di riferimento - siano stati privati di tali tutele e di tale libertà di scelta⁴⁶.

Va ricordato, in proposito, che la Corte costituzionale, con [sentenza n. 262 del 2016](#), era intervenuta in materia dichiarando l'incostituzionalità di due leggi del Friuli Venezia Giulia che avevano, per proprio conto, disciplinato un registro per il testamento biologico⁴⁷ e in quell'occasione aveva affermato che la disciplina in tema di disposizioni di volontà relative ai trattamenti sanitari nella fase terminale della vita incide su aspetti essenziali della identità e della integrità della persona. Una circostanza che, al pari di quella che regola la donazione di organi e tessuti, necessita, secondo la Corte, di uniformità di trattamento sul territorio nazionale, per ragioni imperative di eguaglianza,

⁴¹ *Ibidem*. L'A. ricorda che il Garante (§ 4.5.) aveva peraltro dichiarato, nel suo parere, che «la mancanza di precise indicazioni in merito alla tipologia dei dati trattati, alle operazioni eseguibili ed alle modalità di condivisione delle predette informazioni non soddisfa i requisiti di cui all'articolo 2-sexies del Codice».

⁴² *Ibidem*.

⁴³ L'art. 5 del regolamento europeo prevede che i dati debbano essere trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato.

⁴⁴ Per comodità del lettore si riporta il testo del primo comma, rubricato *Trattamento di categorie particolari di dati personali*: «1. È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona».

⁴⁵ *Ivi*,

⁴⁶ M. CIANCIMINO, *Istanze di riservatezza*, cit., § 10.

⁴⁷ Su cui cfr. L. COEN, *Le disposizioni anticipate di trattamento sanitario tra diritto civile e organizzazione amministrativa*, in [Rivista di BioDiritto](#), 1, 2017, 207, e di L. BUSATTA, *Le dichiarazioni anticipate di trattamento, tra ordinamento civile e «ragioni imperative di eguaglianza»*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), Rassegna 8/2017.

ratio ultima della riserva allo Stato della competenza legislativa esclusiva in materia di «ordinamento civile», disposta dalla Costituzione.

Un'ulteriore criticità risiede, infine, nella circostanza che il Regolamento esclude il disponente dal novero dei «soggetti alimentanti» - che, ricordiamo, sono gli ufficiali di stato civile, i notai e i responsabili delle unità organizzative regionali (art. 3) - e, sebbene permetta al disponente la consultazione dei documenti contenuti nella banca e quindi l'*accesso* (art. 4), non autorizza il disponente a *revocare* autonomamente le proprie DAT e neppure a *cancellarle* dalla banca dati. Peraltro, la revoca, ai sensi dell'art. 4, comma 6, della l. n. 219/2017, è qualificata un diritto del disponente esercitabile «in ogni momento»⁴⁸, mentre di fatto, ai sensi del Regolamento (art. 3, commi 3 e 4), questo diritto risulta esercitabile solo per il tramite dei soggetti alimentanti. Lo stesso accade nei casi in cui si proceda alla revoca con le modalità di cui all'articolo 4, comma 6, ultimo periodo, della legge n. 219 del 2017. Infatti, secondo l'art. 6, comma 3, del Regolamento, «il medico rende una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà ai sensi dell'articolo 47, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, la quale è trasmessa alla Banca dati nazionale secondo le modalità definite nel disciplinare tecnico di cui di cui all'articolo 10». Dinanzi a tale burocratizzazione delle procedure, che richiedono tempo e soprattutto l'altrui intermediazione, occorre domandarsi, anche in questo caso, se il Regolamento non presenti profili di illegittimità anche rispetto all'art. 4, comma 6, della l. n. 219/2017, che sancisce il diritto del disponente a poter revocare «in ogni momento» le proprie DAT, oltre che in riferimento all'art. 1, comma 1, della medesima legge, che «tutela il diritto all'autodeterminazione».

Vi è, infine, un ulteriore aspetto da considerare. Com'è stato notato, in via generale, «le informazioni registrate sulla *blockchain*, dati e transazioni, sono sempre accessibili a tutti e non cancellabili, e questo può dare problemi con il reg. UE 2016/679 (GDPR)»⁴⁹. Questo problema informatico è anche un problema giuridico, in quanto incide sul diritto alla cancellazione dei dati e su quello alla revoca. Lo stesso art. 8 del Regolamento prevede fra l'altro che le DAT siano cancellate trascorsi dieci anni dal decesso dell'interessato.

Quello appena menzionato appare comunque un tema marginale, anche perché forse risolvibile sul piano tecnico. Il punto essenziale è un altro. Se la *blockchain* va sperimentata in contesti che promuovano vicinanza e fiducia fra i cittadini e la P.A., incrementando il senso di sicurezza e di controllo dei propri dati, il registro per le DAT, per come è stato regolato, non sembra fare al caso. L'art. 11 del Regolamento ha determinato il venir meno di importanti garanzie funzionali al diritto alla protezione dei dati personali ed è sintomo, com'è stato detto, di una generale sensibilità ancora poco incline al rispetto sostanziale delle esigenze di protezione dei dati⁵⁰. Ancora, se si vuole correlare la *Blockchain/DLT* alla *self-sovereign identity*, alla valorizzazione consapevole dei propri dati personali, al rispetto dei vincoli normativi, intesi quale «presupposto dell'innovazione tecnologica, in quanto essi sono posti a tutela del singolo»⁵¹, la banca dati per le DAT non appare l'ambito più appropriato, dal momento che è stata «riempita» di dati attraverso disposizioni piuttosto incuranti di questi valori. Vi sono poi ulteriori motivi, giuridici e di opportunità, che sconsigliano una sperimentazione *blockchain* in questo ambito.

5. La banca dati per le DAT è un registro centralizzato, non distribuito.

Occorre considerare, in primo luogo, che la *blockchain* è una tecnologia funzionale ad un tipo di registro decentralizzato, condiviso e distribuito e che tale infrastruttura è assai opportuna, come si è

⁴⁸ Persino «con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni», nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste (art. 4, comma 6, l. n. 219/2017).

⁴⁹ M. MARCHESI, *Blockchain pubbliche e permissioned*, cit., 147.

⁵⁰ M. CIANCIMINO, *Istanze di riservatezza*, cit., § 11.

⁵¹ Cfr. MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, [Proposte per la strategia italiana](#), cit.27.

detto, «nei casi in cui non sia possibile individuare (o perfino opportuno) un unico soggetto responsabile per competenza e coerenza di mandato rispetto alle proprie funzioni istituzionali o amministrative»⁵². Le condizioni che ne possono suggerire l'applicazione, quindi, sono «l'assenza di un unico soggetto regolatore, quale responsabile dell'accesso e della modifica del dato, e valutazioni di sostenibilità economica sull'utilizzo del paradigma di interoperabilità così abilitato»⁵³. Si tratta di una rete «democratica e anonima»⁵⁴.

Al contrario, la banca dati per le DAT è concepita come registro nazionale unico, gestito centralmente, nel quale confluiscono i dati degli eventuali registri regionali, comunque organizzati, allo scopo di avere una sola banca. La finalità istituzionale è appunto quella di essere un punto di riferimento unitario a livello nazionale, al quale i medici possano attingere «laddove per il disponente sussista una situazione di incapacità di autodeterminarsi» e occorra, altresì, «effettuare accertamenti diagnostici, attuare scelte terapeutiche o eseguire trattamenti sanitari» (art. 4, comma 1 della l. n. 219/2017), in qualunque luogo ciò si renda necessario⁵⁵.

Sembra opportuno considerare che non tutte le regioni hanno modalità informatiche e regole per la raccolta delle DAT, né sono giuridicamente tenute ad organizzarsi in tal senso, cosicché il quadro è disomogeneo⁵⁶. Al contempo ogni disponente, redigendo le DAT, mette in conto l'eventualità che la sua condizione di paziente incapace si verifichi all'improvviso, magari al di fuori del luogo abituale di dimora, senza conoscere i medici che prenderanno in carico il proprio caso clinico. Diversamente, quando cioè sussiste una vera e propria relazione terapeutica con un medico e un'equipe, lo strumento più adeguato a tutelare davvero la libertà di scelta del malato risulta essere la pianificazione condivisa della cura, regolata dall'art. 5 della stessa l. n. 219/2017 e pensata come strumento per chi è già paziente e non per chi immagina di divenire tale in futuro. La pianificazione condivisa, a differenza delle DAT, non necessita dell'invio presso una banca dati, bensì dell'inserimento «nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico»⁵⁷, trattandosi di decisioni circostanziate, riferite ad una patologia nota, adottate dal paziente insieme al medico curante ed eventualmente ai propri familiari, in vista di imminenti e probabili evoluzioni della malattia che implicino una compromissione della coscienza⁵⁸.

Si comprende meglio, pertanto, come per le DAT, che contengono disposizioni per situazioni ipotetiche e future, si renda invece opportuna la centralizzazione della loro raccolta, cosicché qualunque medico sappia, in qualsiasi parte del territorio nazionale si verifichi la necessità di dover prendere decisioni per un paziente divenuto incapace, dove rintracciare le sue disposizioni. Ai sensi dell'art. 1 del Regolamento, l'amministrazione statale responsabile è, non a caso, una sola, ossia il Ministero della salute, e responsabile operativamente per la gestione è la relativa Direzione generale competente in materia di digitalizzazione e sistemi informativi sanitari. È sempre il medesimo Ministero a definire il funzionamento e i contenuti informativi della banca e a regolare le modalità di accesso alla stessa da parte dei soggetti a ciò autorizzati. L'art. 5 del Regolamento, denominato *Interoperabilità con altre banche dati*, prevede che il disciplinare tecnico individui le modalità di interoperabilità tra la Banca dati nazionale, la rete unitaria del notariato e quelle eventualmente

⁵² P. GHEZZI, *La blockchain per le politiche pubbliche*, in Federalismi.it, 2/2021, 18 gennaio 2021, 104.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ M. MARCHESI, *Blockchain pubbliche e permissioned*, cit., 143.

⁵⁵ Lo stesso vale per il fiduciario eventualmente nominato dal disponente, sempre che abbia accettato e non sia stato revocato; il Regolamento, a questo riguardo, precisa che può accedere alle DAT registrate presso la banca «fino a quando conservi l'incarico», perché in caso contrario il fiduciario non avrà accesso ad alcun dato, eccetto gli estremi dell'atto di revoca (art. 4, comma 4, del Regolamento).

⁵⁶ Secondo dell'Associazione Luca Coscioni, nessuna Regione italiana ha inserito le DAT nel fascicolo sanitario elettronico: v. il comunicato [170mila biotestamenti nei Comuni. Tutti i dati](#).

⁵⁷ Art. 5 della l. n. 219/2017.

⁵⁸ Il Regolamento, infatti, all'art. 1, prevede che la banca dati sia solo per le DAT e non per la pianificazione condivisa delle cure, riferendosi solo alle «DAT di cui all'art. 4 della l. n. 219/2017». Sulla sostanziale differenza fra le DAT e la pianificazione anticipata delle cure, cfr. T. COMORETTO, *Testamento biologico e rispetto della dignità umana: una prospettiva etico-clinica*, in [Rivista di BioDiritto](#), 3/2016, 241; G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT*, cit., 145.

istituite nelle regioni. Il disciplinare tecnico, da parte sua, prevede che, in quest'ultimo caso, le unità organizzative individuate dalle regioni possano avere accesso alla banca dati nazionale delle DAT tramite autenticazione, al pari dei notai e degli ufficiali di stato civile.

Sembra quindi importante rimarcare che tali unità organizzative regionali si configurano, ai sensi del Regolamento, come *soggetti alimentanti al pari degli altri* e non come amministrazioni pubbliche aventi le medesime attribuzioni del Ministero della salute. Ai sensi dell'art. 7 del Regolamento, titolare del trattamento dei dati personali raccolti nella Banca dati nazionale è solo il Ministero della salute. È vero che, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento, anche «i notai, i comuni di afferenza degli ufficiali di stato civile, le rappresentanze diplomatiche o consolari italiane all'estero, le unità organizzative regionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera c), e le strutture sanitarie sono titolari del trattamento dei dati dagli stessi *raccolti*»⁵⁹. Ma è solo il Ministero della salute il soggetto titolare dei dati *confluiti* presso la banca.

Tale responsabilità, dunque - così come la stessa banca dati - non è strutturata nella logica della condivisione e della distribuzione fra più amministrazioni, ma della centralizzazione. Occorre anzi sottolineare che la «consultazione» di questi dati non è consentita, ai sensi del Regolamento, se non ai soggetti legittimati, che sono il medico competente e l'eventuale fiduciario. L'art. 7, comma 3, del Regolamento assicura poi che «i dati contenuti nella Banca dati nazionale possono essere diffusi dal Ministero della salute esclusivamente in forma anonima e aggregata».

Sembra anche opportuno precisare che le disposizioni anticipate non possono qualificarsi, ai sensi della legge sul procedimento amministrativo, come «documenti attestanti fatti, qualità e stati soggettivi necessari per l'istruttoria del procedimento», che possono essere acquisiti d'ufficio «quando sono in possesso dell'amministrazione procedente ovvero detenuti, istituzionalmente, da altre amministrazioni»⁶⁰. Le DAT, in altre parole, non sono documenti che possono circolare fra Ministeri e amministrazioni pubbliche, trattandosi di dati riservati a destinatari specifici.

Neppure risulta adatto, in questo caso, un registro *blockchain permissioned* (al quale abbiano accesso solo determinati soggetti), perché quest'ultimo ha senso, come si è detto, «quando il sistema di interesse coinvolge più organizzazioni, ma nessuna di queste, e nessuna organizzazione esterna, può prendersi carico della sua gestione»⁶¹. In definitiva non si comprende quale utilità potrebbe aggiungere un registro strutturato secondo la *blockchain*, che è funzionale, piuttosto, all'interconnessione, alla distribuzione e alla decentralizzazione. Non è questo, infatti, uno di quei casi in cui, ai sensi dello stesso menzionato documento del MISE, è possibile «ripartire tra le pubbliche amministrazioni le responsabilità di gestione dei dati»⁶².

6. La banca dati per le DAT coinvolge lo 0,33 per cento dei soggetti che potrebbero avvalersene.

Se la *blockchain* è funzionale ad una gestione massiva di dati, viene infine in rilievo la scarsità dei dati contenuti nella banca dati per le DAT. Quest'ultima, infatti, non si configura come uno di quei pubblici registri continuamente utilizzati da un gran numero di cittadini e di amministrazioni pubbliche, per un volume importante di movimenti, operazioni e transazioni, rispetto a cui la nuova tecnologia informatica potrebbe rappresentare un valore aggiunto per gli utenti, quale soluzione incentrata «sui cittadini, sui loro diritti e reali bisogni»⁶³. Nella banca dati per le DAT *riposano*, è il caso di dirlo, disposizioni che, qualora il disponente diventi incapace, indicano futuri, eventuali e incerti trattamenti sanitari, che potrebbero venire in rilievo, alle condizioni indicate nell'art. 4 della l. n. 219/2017, rispetto a future, eventuali e incerte situazioni cliniche che il disponente ha immaginato

⁵⁹ Corsivo di chi scrive.

⁶⁰ Così l'art. 18, commi 2, 3 e 3-bis, della l. n. 241 del 1990. In tema di autodichiarazioni cfr. M.A. SANDULLI, *Autodichiarazioni e dichiarazione "non veritiera"*, in [Giustizia Insieme](#), 15 ottobre 2020.

⁶¹ M. MARCHESI, *Blockchain pubbliche e permissioned*, cit., 147.

⁶² Cfr. MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, [Proposte](#), cit., 21.

⁶³ *Ivi*, 23.

si verifichino. Le uniche modifiche possibili, con riguardo alle DAT, sono quelle attinenti alla revoca delle stesse e/o alla revoca del fiduciario; altra modifica immaginabile è quella del decesso del disponente. Un dato, quest'ultimo, che il Ministero della salute ha fatto trascurato di acquisire e di aggiornare, cosicché è anche possibile che, fra le DAT attualmente registrate presso la banca dati, vi siano anche quelle di soggetti deceduti, come conferma la nota del Consiglio del Notariato prima citata⁶⁴. L'omissione del Regolamento e del suo allegato incidono, oltretutto, su di un altro aspetto, ove si consideri che «i dati personali presenti nella Banca dati nazionale sono cancellati trascorsi dieci anni dal decesso dell'interessato», ai sensi dell'art. 8 del Regolamento stesso, come si è visto.

Merita soprattutto attenzione il fatto che tale banca dati interessa, di fatto, all'incirca lo 0,33 per cento dei soggetti che potrebbero redigere le DAT. Si tratta quindi di un registro povero, come si evince dal seguente calcolo, piuttosto elementare. L'Associazione Luca Coscioni, nel dicembre 2019 (appena prima, dunque, dell'istituzione della banca dati), ha promosso un accesso agli atti per richiedere ai 106 Comuni con più di 60 mila abitanti quante DAT fossero state ricevute dall'entrata in vigore della legge 219 del 2017. Secondo i risultati pubblicati, le DAT sarebbero circa 170.000 in tutto⁶⁵. Se tale cifra viene confrontata con il numero degli elettori della Camera dei deputati alle elezioni del 2018, di circa 50 milioni e 800 mila, risulta che la percentuale di coloro che hanno depositato le DAT a livello nazionale è circa dello 0,33% dei maggiorenni (gli stessi idonei a redigere le DAT)⁶⁶. Un dato che, fra l'altro, per il motivo già segnalato, andrebbe depurato ulteriormente, in assenza di qualsiasi verifica sui disponenti deceduti. Il volume di dati e di *stakeholders* di questo registro è dunque minimo. Manca quindi il requisito della complessità e della numerosità dei partecipanti, che è il senso ma anche la garanzia stessa di sicurezza dei registri dati e delle banche organizzate secondo la *blockchain*.

Anche in base a queste considerazioni, non sembra che quello della banca dati per le DAT si presenti come uno di quei settori chiave in cui la *blockchain* potrà «rivoluzionare il modo con il quale le imprese, i privati, le amministrazioni pubbliche interagiscono» e un campo applicativo appropriato verso cui indirizzare gli investimenti, ai sensi del documento del MISE⁶⁷. Se occorrono concretezza e proporzionalità nella valutazione del rapporto fra costi e benefici, il numero irrisorio delle DAT depositate è un dato non trascurabile.

7. Conclusioni

Il 20 gennaio 2021 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione sull'intelligenza artificiale con la quale ha tratteggiato le linee guida in questo ambito, che è in rapida evoluzione⁶⁸. Nella costruzione di un quadro comune si auspica, in particolare, che sia sempre garantito il rispetto della dignità umana e dei diritti umani, come previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

⁶⁴ *Supra*, § 3. Il riferimento è alla nota del 10 febbraio 2020.

⁶⁵ Cfr. al sito dell'Associazione Luca Coscioni, il comunicato [170mila biotestamenti nei Comuni. Tutti i dati](#).

⁶⁶ Per questa considerazione già G. RAZZANO, *Riflessioni a margine delle raccomandazioni SIAARTI per l'emergenza covid-19, fra triage, possibili discriminazioni e vecchie DAT: verso una rinnovata sensibilità per il diritto alla vita?* in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 113. Va anche notato come la stessa amministrazione interessata, ossia il Ministero della Salute, non abbia tuttora reso nota alcuna informazione in merito, nonostante l'art. 8 della stessa l. 219/2017 preveda che «il Ministro della salute trasmette alle Camere, entro il 30 aprile di ogni anno, a decorrere dall'anno successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore della presente legge [quindi dal 2019, n.d.r.], una relazione sull'applicazione della legge stessa. Le regioni sono tenute a fornire le informazioni necessarie entro il mese di febbraio di ciascun anno, sulla base di questionari predisposti dal Ministero della salute».

⁶⁷ Cfr. MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, [Proposte per la strategia italiana in materia di tecnologie basate su registri condivisi e Blockchain](#), cit., 3-4.

⁶⁸ [Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull'intelligenza artificiale: questioni relative all'interpretazione e applicazione del diritto internazionale nella misura in cui l'UE è interessata relativamente agli impieghi civili e militari e all'autorità dello Stato al di fuori dell'ambito della giustizia penale \(2020/2013\(INI\)\)](#). Si noti, ancora, che, il 21 aprile 2021, la Commissione europea ha reso pubblica la [bozza definitiva di Regolamento sull'AI \(COM\(2021\) 206 final](#).

europea. Il principio fondamentale che si ricava dal documento è che la tecnologia non dovrebbe mai sostituire la responsabilità dell'uomo, soprattutto nelle decisioni finali. Questo principio acquista significato anche in relazione alle DAT. Infatti, a prescindere dalla circostanza che le DAT siano registrate o meno in una banca dati, e quale che sia la tecnologia informatica utilizzata, le decisioni mediche non potranno essere adottate in maniera automatica e robotizzata, ma, appunto, responsabile e, quindi, umana⁶⁹.

Anche con riguardo alle promettenti tecnologie della *blockchain* e alle possibili applicazioni, centrale resta la questione della responsabilità dell'uomo rispetto alla macchina, in conformità con i principi costituzionali di dignità umana, di libertà personale e di tutela della salute. Ne sono corollari i principi del consenso informato e dell'autodeterminazione della persona, ai sensi della l. n. 219/2017. Allargando poi la visuale alla tema, anch'esso di rilevanza costituzionale, della protezione dei dati personali - tanto più se "sensibili", ai sensi dell'art. 9 del GDPR («categorie particolari di dati personali») - i suddetti principi si vanno declinando in senso nuovo, divenendo diritto di accesso, diritto alla portabilità dei dati, diritto alla cancellazione dei dati trattati con modalità digitali, diritto alla limitazione e all'opposizione dei trattamenti e, soprattutto, diritto a conoscere i meccanismi con cui vengono trattati i dati ad opera di sistemi automatizzati, tanto più se con effetti decisionali.

Tenendo conto di questo scenario, si è considerata in queste pagine la possibilità di sperimentare la *blockchain* - come auspicato nello studio del MISE concernente le [Proposte per la Strategia italiana in materia di tecnologie basate su registri condivisi e Blockchain](#) - per la banca dati per le DAT. Si è visto, tuttavia, come il Regolamento del Ministero della salute che disciplina tale banca sollevi più di una perplessità rispetto ai menzionati principi e come risultino profili di illegittimità sia rispetto alla legge sul consenso informato e le DAT, sia rispetto alle norme, interne ed europee, relative alla tutela dei dati personali. La norma transitoria contenuta nell'art. 11 del Regolamento, secondo cui i nominativi dei disponenti e la stessa copia delle DAT stilate precedentemente all'istituzione della banca dati, il 1° febbraio 2020, sono trasferiti d'ufficio, senza il consenso dei disponenti, dai soggetti alimentanti alla banca dati istituita presso il Ministero, perché «sarebbe troppo oneroso ricontattare tutti», risulta infatti non solo illegittima sul piano giuridico ma anche particolarmente grave e inaccettabile in chiave socio-politica, ove si voglia perseguire l'obiettivo di avvicinare i cittadini alla pubblica Amministrazione, intraprendendo la strada dell'innovazione tecnologica attraverso l'adesione consapevole e la fiducia reciproca.

Le stesse considerazioni valgono con riguardo ad un altro aspetto, che pure incide sulla libertà personale, sul diritto alla salute e sull'autodeterminazione del paziente. Il riferimento è all'impossibilità *tecnica* di revocare autonomamente, «in ogni momento», da parte dei pazienti, le DAT, come garantito dalla legge n. 219/2017, come si è visto.

Se pertanto è questo l'assetto normativo che circonda la banca dati per le DAT, appare inopportuno l'innesto, in questo ambito, di una sperimentazione tecnologica che voglia configurarsi come occasione per un processo di digitalizzazione all'insegna della partecipazione democratica e consapevole. Che senso può avere promettere la garanzia del «maggiore accesso possibile ai propri dati», in un contesto in cui neppure si è a conoscenza che questi siano stati trasmessi "d'ufficio" ad una banca dati? In un quadro così disciplinato si è ben lontani dal promuovere le maggiori tutele «rispetto al GDPR» e «il maggior accesso possibile al cittadino», come auspica il documento del MISE e come richiede il quadro normativo costituzionale ed europeo, che ricollegano la protezione dei dati personali alla tutela della dignità della persona umana⁷⁰. Né è irrilevante, infine, il dato per cui solo lo 0,33 per cento dei soggetti che ne avrebbero la possibilità si è avvalso della possibilità di

⁶⁹ Fra l'altro, come prevede la legge n. 219/2017, le DAT possono essere anche disattese dal medico, in accordo col fiduciario, «qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita» (art. 4, comma 5).

⁷⁰ P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali*, cit., 483-484. V. anche ID., *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in *Annali della SISDIC*, 2020, 1 ss.; *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice privacy*, a cura di E. Tosi, Milano, 2019.

redigere DAT; dato che andrebbe ulteriormente depurato attraverso l'opportuna verifica sui disponibili ancora in vita, come si è visto.

In merito, quindi, all'opportunità di sperimentare la *blockchain* nell'ambito della banca dati per le DAT, sulla base delle ragioni sin qui viste, possono tratteggiarsi, in estrema sintesi, le seguenti conclusioni. Se l'obiettivo fosse quello di consolidare la fiducia fra i cittadini e l'innovazione digitale, il campo di applicazione prescelto è lungi dall'essere quello consono, trattandosi di un registro in cui i dati personali sono stati trasferiti d'ufficio e senza il consenso degli interessati. Se l'obiettivo fosse quello di ottenere risultati utili per altri campi di applicazione, verrebbe in rilievo una valutazione errata del rapporto costi/benefici, a motivo della povertà dei dati e delle transazioni realmente possibili attraverso questa banca dati. Se l'obiettivo, poi, fosse quello della distribuzione e della decentralizzazione della *governance*, osterebbe sia la natura necessariamente centralizzata della banca dati nazionale per le DAT, sia la circostanza che il Ministero della salute non è autorizzato a condividere i dati registrati di cui è titolare con altre amministrazioni pubbliche, a motivo del contenuto e delle finalità delle stesse DAT, cui hanno accesso, eventualmente, solo il medico e il fiduciario, alle condizioni previste dalla legge.

Jacopo Ferracuti

**La gestione dell'emergenza Covid-19 alla prova del conflitto interorganico
Prime note sulle ordinanze di inammissibilità [nn. 66](#) e [67 del 2021](#)**

ABSTRACT: *The essay focuses on ordinances nos. 66 and 67 of 2021, with which the Constitutional Court recently declared inadmissible the conflicts proposed by two parliamentarians in relation to the measures adopted by the Government in the management of the Covid-19 emergency. About these rulings, the most significant aspects should be emphasised, in particular the impression, which the rulings help to confirm, of the lack of protection of individual parliamentarians in the event of a conflict, and of the choice made by the judge constitutional to “support” the executive, in a particularly critical historical moment*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vicenda. – 3. La Corte e il “doppio salto mortale”: l’insussistenza delle condizioni. 4. – La fattuale inesistenza di spazi per la tutela del singolo parlamentare in sede di conflitto. – 5. Conflitti interorganici e provvedimenti governativi in materia di Covid-19. – 6. La rimarcata tendenza agli “sconfinamenti nel merito”. – 7. Le questioni non esaminate. – 8. Brevi considerazioni conclusive.

1. *Premessa.*

Il 10 marzo 2021, la Corte costituzionale si è riunita in camera di consiglio per prendere una decisione sull’ammissibilità dei conflitti sollevati dagli onorevoli Vittorio Sgarbi e Sara Cunial in relazione a tutti i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati, fino alla data di deposito dei rispettivi ricorsi, per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Finalmente, in data 13 aprile 2021, la Consulta ha provveduto alla pubblicazione delle [ordinanze nn. 66](#) e [67 del 2021](#), con le quali, dichiarandone l’inammissibilità, ha sbarrato la strada all’accesso al giudizio a cognizione piena ai summenzionati conflitti.

Già da una rapida lettura delle ordinanze in questione, emerge evidente come, tra gli altri – che pure saranno oggetto di analisi in questo breve scritto – siano principalmente due gli aspetti maggiormente degni di considerazione, l’uno conseguenza dell’altro: ossia, da un lato, la (ennesima) negazione della sussistenza di quella soglia di rilevanza delle violazioni delle prerogative dei deputati ricorrenti affermata a partire dall’[ordinanza n. 17 del 2019](#), che è condizione individuata dalla Corte per la proposizione di ricorsi da parte di singoli parlamentari, e, dall’altro, la correlata (e scontata) decisione assunta dalla Consulta di non pronunciarsi sulla legittimità dell’operato del Governo nella gestione dell'emergenza Covid-19.

Prima di passare all’analisi dei contenuti delle decisioni della Corte – che conviene trattare unitariamente, perché sostanzialmente sovrapponibili e afferenti alla medesima problematica –, è comunque opportuno riepilogare brevemente la vicenda che ha condotto all’adozione delle pronunce in commento.

2. *La vicenda.*

Con ricorsi depositati in cancelleria, rispettivamente, il 20 novembre e il 7 dicembre 2020, in qualità di membri della Camera dei deputati, gli onorevoli Vittorio Sgarbi e Sara Cunial hanno adito la Corte costituzionale in sede di conflitto interorganico per sentir dichiarare che non spettava al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Governo adottare le misure limitative contenute nei vari D.P.C.M. posti in essere per affrontare la diffusione epidemiologica del c.d. coronavirus a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020.

I conflitti sono stati sollevati nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, anche nella sua qualità di rappresentante del Governo della Repubblica italiana (per il conflitto Sgarbi) e di

Camera dei deputati e Senato della Repubblica, nonché, all'occorrenza, del Governo (per il conflitto Cunial).

I ricorsi presentano profili peculiari.

In pillole, infatti, oggetto dei relativi conflitti sono tutti gli atti normativi e i provvedimenti adottati dall'esecutivo per fronteggiare l'emergenza legata al Covid-19, i quali, nella prospettiva dei ricorrenti, dati gli scarsi o, comunque, i pochissimi passaggi parlamentari posti in essere dal Governo, anche se limitati a semplici fini informativi delle proprie decisioni autocratiche, avrebbero determinato l'espropriazione delle prerogative proprie dei singoli parlamentari.

Ciò in quanto, con la catena di decreti-legge e d.p.c.m. susseguitesisi nel corso del 2020, il Governo prima, e il Parlamento poi, considerata la delega contenuta nei decreti da parte dell'esecutivo al suo Presidente per l'adozione di norme aventi l'effetto di sospendere i diritti fondamentali costituzionali dei cittadini, avrebbero determinato il trasferimento della potestà legislativa in capo al Premier o, addirittura, in capo ai singoli Ministri.

Per tale ragione, i ricorrenti, in sede di ricorso, hanno, altresì, avanzato alla Corte quella che – come si osserverà infra – sembra essere la richiesta principalmente avuta di mira mediante la sollevazione dei conflitti, ossia di auto-rimessione della questione di legittimità costituzionale dei decreti-legge impugnati, e delle relative leggi di conversione, per violazione di una pluralità di parametri costituzionali, sostanzialmente coincidenti con le disposizioni che consacrano le libertà fondamentali dei cittadini che i parlamentari istanti ritenevano violate per effetto delle determinazioni governative.

La doglianza principale consiste, dunque, nella asserita cessione del potere di legiferare operata in favore di soggetti terzi titolari – nella prospettiva dei ricorrenti – di poteri meramente esecutivi, nonché nella indebita preminenza conseguentemente attribuita da tali soggetti al diritto alla salute, previsto e tutelato dall'art. 32 Cost., rispetto a tutti gli altri diritti costituzionalmente garantiti.

Questi, al di là di (si lasci passare il termine) inquietanti affermazioni negazioniste, i contenuti fondamentali dei due ricorsi¹.

In punto di ammissibilità, è d'interesse evidenziare come in entrambi i ricorsi i parlamentari Sgarbi e Cunial abbiano fatto riferimento, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, ai precedenti rappresentati dalle [ordinanze nn. 17/2019](#) nonché [274/2019](#) e [275/2019](#), su questa base affermando la piena proponibilità del conflitto, dovuta al sicuro raggiungimento della ormai famigerata soglia di evidenza rappresentata dalla sussistenza di una sostanziale negazione o evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuita al singolo parlamentare, per le ragioni poc'anzi esposte.

Nella prospettiva dei deputati ricorrenti, invero, "l'attribuzione per decreto-legge al Presidente del Consiglio dei ministri «di poteri straordinari e illimitati» costituirebbe, in questa prospettiva, una grave violazione non solo delle prerogative del Parlamento nella sua interezza ma anche di quelle del singolo parlamentare, con riguardo all'adozione di provvedimenti che, per la loro diretta incisione sui diritti fondamentali costituzionali, dovrebbero «necessariamente assumere la forma della legge ordinaria, se del caso in sede di conversione di decreti-legge»².

La Corte costituzionale non si è mostrata di questo avviso.

3. La Corte e il "doppio salto mortale": l'insussistenza delle condizioni.

Prima di entrare nel merito della decisione assunta dal giudice costituzionale, è bene ricordare – come si è anticipato – che, nel tentativo di superare il filtro di ammissibilità, in ciascuno dei due

¹ Il riferimento è, in particolare, al conflitto sollevato dall'onorevole Cunial, e deciso con l'[ordinanza n. 67 del 2021](#), nella quale, nel riportare il contenuto del ricorso si legge "che, dunque, a parere della ricorrente l'adozione di «misure di lockdown», considerate tra le più severe al mondo, sarebbe priva di qualsiasi giustificazione, oltre ad essersi rivelata misura inefficace, in considerazione del fatto che la malattia di cui si tratta sarebbe «una similinfluenza gestibile con la messa in campo dell'ordinaria diligenza organizzativo-sanitaria»".

² Cfr, in particolare, l'[ordinanza n. 66 del 2021](#).

ricorsi, i parlamentari ricorrenti hanno operato espresso richiamo ai principi affermati dalla Corte con l'[ordinanza n. 17 del 2019](#).

Si tratta – come noto – della famigerata pronuncia con la quale il giudice costituzionale si è espresso sul conflitto presentato da trentasette senatori del PD in ordine alla procedura di approvazione della legge di bilancio, e sulla quale in dottrina sono scorsi fiumi d'inchiostro³.

³ Invero, proprio a commento della citata [ordinanza n. 17 del 2019](#), possono ricordarsi, a titolo esemplificativo, i seguenti contributi: M. CAVINO, *La necessità forale di uno statuto dell'opposizione*, in [Federalismi.it](#), 4/2019; S. CURRERI, *L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale)*, in [Federalismi.it](#), 4/2019; R. DICKMANN, *La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-21 approvato dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato*, in [Federalismi.it](#), 4/2019; N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in [Federalismi.it](#), 4/2019; ID, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019; A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto, in Federalismi.it*, 4/2019; F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in [Federalismi.it](#), 4/2019; G. BUONOMO – M. CERASE, *La Corte costituzionale ancora irrisolta sul ricorso delle minoranze parlamentari*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 13 febbraio 2019; E. ROSSI, *L'ordinanza n. 17/2019 e il rischio dell'annullamento della legge di bilancio*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#); A. CONTIERI, *Un monito inedito al Senato nell'ordinanza n. 17/2019*, in [Federalismi.it](#), 4/2019; V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17 del 2019*, in [Federalismi.it](#), 3/2019; R. MANFRELLOTTI, *“Quindici uomini sulla cassa del morto”: questione di fiducia e funzioni costituzionali del Parlamento*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 5 aprile 2019; R. IBRIDO – E. LONGO, *L'ordinanza della Corte costituzionale sul ricorso dei senatori del Partito democratico: le domande per la preparazione del seminario “L'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale”, tenutosi a Firenze il 25 febbraio 2019 nell'ambito del Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari “Silvano Tosi”*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019; A. CARDONE, *Quali spazi aperti lascia il precedente? (Tre battute a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019; E. CATERINA, *È possibile dichiarare costituzionalmente illegittima una (intera) legge di bilancio?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019; G.L. CONTI, *Corte costituzionale e prerogative del Parlamento nei dintorni della decisione di bilancio*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019; M. GIANNELLI, *Il monito mancante. Una riflessione sul ruolo del Presidente di Assemblea (a margine di Corte cost. ordinanza n. 17 del 2019)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019; 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](#), 1/2019; O. ROSELLI, *L'ordinanza n. 17 del 2019 e la conferma dell'essere per sua natura la Corte costituzionale un Giano Bifronte*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019; 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; G. TARLI BARBIERI, *L'ordinanza 17/2019 a distanza di sessant'anni dalla sent. n. 9/1959: una nuova «storica (ma insoddisfacente) sentenza»?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019; F. FABRIZZI, *Il conflitto tra poteri quale strumento a tutela del procedimento legislativo*, in [Osservatorio AIC](#), 5/2019; ID, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri*, Torino, 2019, 99/114; P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale del procedimento legislativo: un quadro deprimente ad eziologia complessa*, in [Osservatorio AIC](#), 5/2019; I.A. NICOTRA, *La Corte, il fattore tempo e il battesimo dei nuovi “mille” poteri dello Stato*, in [Osservatorio AIC](#), 5/2019; M. MANETTI, *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli interna corporis acta*, in [Rivista AIC](#), 2/2019; A. RUGGERI, *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in [Rivista AIC](#), 2/2019; 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; A. PACE, *Un ricorso suicida*, in [Giur. cost.](#), 2019, I, 180 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Conflitto tra poteri dello Stato o ricorso individuale a tutela di diritti?* in [Giur. cost.](#), 2019, I, 183 ss.; M. MANETTI, *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli interna corporis acta*, in [Giur. cost.](#), 2019, I, 191 ss.; A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale “potere dello Stato” solo... virtuale o in astratto*, in questa [Rivista, Studi 2019/I](#), 71; A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in [Federalismi.it](#), 4/2019; M.C. GRISOLIA, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto di attribuzioni. Una nuova “voce” nel sistema delle garanzie costituzionali*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019; 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*, in [Nomos](#), 2/2019; A. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo “costituzionale” è una violazione grave e manifesta?* in [Federalismi.it](#), 4/2019; 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; L. DI MAJO, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato (a partire da violazioni di «prerogative» e «diritti» dei Parlamentari)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 11 aprile 2019; C. MASCIOTTA, *Il nuovo limite delle “violazioni manifeste” nel conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato: un'arma spuntata per il singolo parlamentare*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019.

Il motivo di tanto interesse (e di tante connesse critiche) – come altrettanto noto – deve ricercarsi nella portata “storica” della decisione citata.

Con essa, infatti, riacciandosi alla propria precedente giurisprudenza, che non aveva mai escluso in astratto la legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto interorganico (la questione, infatti, era sempre stata lasciata “impregiudicata” mediante utilizzo di una sorta di clausola di salvezza), per la prima volta la Corte è giunta a riconoscere *expressis verbis* la legittimazione a sollevare conflitto anche dei parlamentari *uti singuli*, ma alla condizione che le violazioni delle prerogative costituzionali dei membri del Parlamento risultino manifeste (già in sede di delibazione preliminare).

Come si legge nella pronuncia de qua, invero, “si deve ritenere che, ai fini dell’ammissibilità del conflitto, non è sufficiente che il singolo parlamentare lamenti un qualunque tipo di vizio occorso durante l’iter legislativo, bensì è necessario che alleghi e comprovi una sostanziale negazione o un’evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuita al ricorrente, a tutela della quale è apprestato il rimedio giurisdizionale innanzi a questa Corte *ex art. 37, comma 1, della legge n. 87 del 1953*”⁴.

La Corte, in questo modo, ha fissato una “soglia di evidenza” della lesione delle prerogative dei singoli parlamentari, al di sotto della quale non è dato, di fatto, rinvenire quel “tono costituzionale” necessario affinché possa dirsi sussistente la materia del conflitto⁵.

Le motivazioni a fondamento di tale specificazione sono state più o meno unanimemente rinvenute in dottrina nella volontà, pur apprendone all’astratta legittimazione, di scongiurare il proliferare sconsiderato di ricorsi presentati dai singoli membri del Parlamento, e di voler mantenere una certa discrezionalità nel valutare caso per caso quali conflitti siano effettivamente meritevoli di risoluzione nel merito e quali no⁶, allo scopo ultimo di evitare di “sovrapporre ad una precedente decisione politica il proprio apprezzamento, esso stesso, intrinsecamente ed inevitabilmente, politico”⁷.

La formula di cui sopra, come pure si è messo in evidenza in dottrina, è stata mutuata da quella già adottata per giustificare le declaratorie di illegittimità costituzionale dei decreti-legge per carenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza *ex art. 77 Cost.*⁸, ed è stata introdotta *ex novo* dalla Corte, in assenza di qualsiasi riferimento normativo⁹.

⁴ Cfr. il § 3.5. del *Considerato in diritto*.

⁵ Nello specifico, è bene ricordare, poiché non recata dalle fonti regolatrici della materia (ossia, gli artt. 134, secondo alinea, Cost., 37 della l. 11 marzo 1953, n. 87 e 24 delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte*), che quella di “tono costituzionale” è un’espressione la cui paternità va riferita a C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di potere e di conflitto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 110 ss., che la conì nell’ottica di stigmatizzare il ricorso allo strumento del conflitto al fine di difendere attribuzioni di scarsa valenza costituzionale, ossia di “*questioni minute, di ordinaria amministrazione*”.

⁶ In questo senso si esprime, ad esempio, tra gli altri, A. FIORENTINO, *La legittimazione attiva dei singoli parlamentari e la sua sottoposizione al test delle «violazioni manifeste»*, cit., in part. 13. Nello stesso senso, anche N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale*, cit., 13, sottolinea come un’indiscriminata apertura al ricorso presentato da singoli parlamentari avrebbe rischiato di “inondare” la Corte di conflitti di attribuzione di carattere squisitamente politico, spiegandosi, dunque, in quest’ottica il perché il giudice costituzionale abbia deciso di alzare l’asticella quanto alla ricorrenza dell’elemento oggettivo del conflitto.

⁷ Così, A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale “potere dello Stato”*, cit., 72, secondo il quale l’[ordinanza n. 17 del 2019](#) si inserisce a pieno titolo nel quadro delle pronunce dimostrative di un’anima politica, rispetto a quella giurisdizionale, sempre più marcata della Corte costituzionale, e rilevata, non senza preoccupazione, da una nutrita schiera di studiosi: cfr. in tal senso, come ricorda lo stesso Autore, C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna, 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017; *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di R. Romboli, Torino, 2017; in prospettiva comparata: *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti – E. Ferioli, Bologna, 2018.

⁸ In questo senso, infatti, è N. LUPO, *Un’ordinanza compromissoria*, cit., 11, che, ad esempio, citando, a sua volta, A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale “potere dello Stato”*, cit., 71, ricorda che non è un caso che la formulazione prescelta dalla Corte per individuare la soglia di rilevanza delle lesioni delle prerogative dei parlamentari idonea a fondare la relativa *legitimatio ad processum* evochi quell’“evidente mancanza” che il giudice

Tale ultimo aspetto, va detto, ha destato notevoli perplessità tra gli studiosi¹⁰. Ma questo è un altro discorso, che esula dalla presente trattazione.

Tornando a noi, l'aspetto fondamentale sul quale soffermarsi, punto di partenza dell'analisi da svolgere, e pertanto da evidenziare, è piuttosto rappresentato dal fatto che – come anticipato – i deputati ricorrenti, nei conflitti decisi con le ordinanze in commento, hanno sostenuto la propria legittimazione proprio in forza del precedente rappresentato dall'[ordinanza n. 17 del 2019](#)¹¹.

È, quindi, guardando a essa, e in rapporto con la stessa, che vanno svolte le seguenti considerazioni.

Al riguardo, dalla lettura delle ordinanze della Corte in commento, può anzitutto fornirsi riscontro all'interrogativo emerso in dottrina circa il campo di applicazione soggettivo della citata soglia di evidenza.

Sul punto, infatti, v'è stato chi si è interrogato sulla questione se il requisito delle violazioni manifeste delle relative attribuzioni costituzionali sia una prerogativa dei soli conflitti sollevati dai parlamentari uti singuli nei confronti di altri organi parlamentari, ovvero, per contro, debba riguardare tutti i conflitti proposti dai membri dei due rami del Parlamento, indipendentemente dalla soggettività delle parti resistenti¹².

Ebbene, le [ordinanze nn. 66 e 67 del 2021](#) indirizzano la soluzione del quesito in questa seconda direzione, atteso che (quantomeno quello deciso con l'[ordinanza n. 66](#)) il conflitto è stato sollevato “nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, «anche nella sua qualità di rappresentante del Governo della Repubblica Italiana»”, ossia nei riguardi di un organo evidentemente estraneo, per quanto con esso legato, al circuito parlamentare.

Non si tratta, dunque, di semplice disputa tra organi interni del Parlamento.

Ad ogni modo, ciò premesso, e al di là di tali questioni, la principale riflessione di merito che scaturisce dalla lettura congiunta dell'[ordinanza n. 17 del 2019](#) e di quelle recentemente adottate dalla Corte è legata alla prossimità della lesione delle prerogative, lamentata dai ricorrenti nei rispettivi conflitti, alla soglia di rilevanza di cui si discute.

delle leggi, a partire dalla [sentenza n. 29 del 1995](#), ritiene debba sussistere per giustificare una declaratoria di incostituzionalità dei decreti-legge per violazione dell'art. 77 Cost, dovuta alla non ricorrenza dei presupposti giustificativi straordinari di necessità e urgenza. Nello stesso senso, la circostanza è sottolineata anche da 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.

⁹ Come ricorda, tra gli altri, S. LIETO, *Conflitto tra poteri e «soglia di evidenza»*. Notazioni a margine dell'[ordinanza n. 17 del 2019](#), in *Rivista AIC*, 1/2019, 251, infatti, l'art. 37, comma 4, della l. n. 87 del 1953 non fa alcun riferimento al livello di gravità, ma semplicemente all'esistenza, o meno, della materia del conflitto.

¹⁰ In questo senso, si veda A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale “potere dello Stato”*, cit., 72, nonché ID, *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie*, cit., 601, secondo cui la Corte si è “inventata di sana pianta un limite all'ammissibilità del conflitto... oggettivamente inesistente”, e, a parere di parte della dottrina, analogamente insensato, posto che ogni violazione delle regole costituzionali sul procedimento sarebbe “grave e manifesta”: in tal senso, cfr. A. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo “costituzionale”*, cit.,; L. DI MAJO, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, cit.,

¹¹ Trova, dunque, conferma l'assunto, già prefigurato in dottrina, in sede di commento alle successive [ordinanze nn. 274 e 275 del 2019](#), di come risulti oramai “conclamato il peso dell'ord. 17/2019 che si pone quale passaggio obbligato tanto per i ricorrenti quanto per i giudici redattori”. Così si esprime, in particolare, F. FABBRIZZI, *Le ord. 274 e 275/2019 sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato sollevati da singoli parlamentari. Dialogando con l'ord. 17/2019*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 7. Come in quel caso, infatti, anche in quello in commento – come si vedrà *infra*, ma come si è già in parte anticipato – tanto i ricorrenti, quanto il giudice costituzionale, rispettivamente a sostegno e a detrimento della legittimazione ad agire, fanno, invero, riferimento al precedente rappresentato proprio dall'[ordinanza n. 17 del 2019](#).

¹² L'interrogativo è stato posto in dottrina da N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria*, cit., 11. Dubbio analogo, sempre sulla portata soggettiva del requisito, è stato poi avanzato da A. RUGGERI, *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie*, cit., 604, secondo cui “c'è poi da chiedersi se il criterio della “evidente mancanza” possa un domani valere anche per i ricorsi dei gruppi politici ovvero se sia da considerare esclusivo o tipico dei ricorsi dei singoli parlamentari”. A tale differente quesito, al momento, non può essere fornito riscontro, o quantomeno, non alla luce delle ordinanze in questa sede in commento.

Prossimità che se era assai evidente nel caso dell'[ordinanza n. 17 del 2019](#) (in cui, in effetti, la Corte aveva anche ammesso che una qualche compressione delle prerogative dei ricorrenti si era pure verificata¹³), non appare altrettanto manifesta nelle [ordinanze nn. 66 e 67 del 2021](#). Anzi.

Nel precedente del 2019, invero, la Corte era, nei fatti, giunta a riconoscere l'esistenza della materia del conflitto.

Vi è di più. Era stata proprio questa constatazione – si consenta, inevitabile date le circostanze del caso¹⁴ – a indurre i giudici costituzionali a sciogliere la riserva mantenuta nelle precedenti decisioni assunte su ricorsi presentati da deputati e/o senatori, e a elaborare, quindi, per tal via, l'escamotage della soglia di evidenza delle lesioni lamentabili dai parlamentari¹⁵. Il tutto, per non giungere alla fase di merito.

In altre parole, quindi, nel caso dell'iter parlamentare sull'approvazione della legge di bilancio, e, in generale, sulla materia del procedimento legislativo e della sua correttezza e legittimità, il giudice dei conflitti è giunto a riconoscere la ipotetica presenza di spazi di intervento, in sede di conflitto, dei parlamentari (anche se poi, alla luce della menzionata soglia di rilevanza, non è dato comprendere in quali casi i relativi ricorsi siano effettivamente proponibili¹⁶).

¹³ Tanto che al § 4.2. del *Considerato in diritto*, il giudice dei conflitti riconosce espressamente come “*Non v'è dubbio che le carenze lamentate dal ricorso abbiano determinato una compressione dell'esame parlamentare*”.

¹⁴ Si ricordi, infatti, che, in quel caso, il conflitto era stato originato dal ricorso proposto da trentasette senatori di opposizione in relazione alle modalità di approvazione del disegno di legge di «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021»: in particolare, i ricorrenti contestavano la violazione del procedimento legislativo sia nella Commissione Bilancio sia in Assemblea, dal momento che il maxi-emendamento 1.9000, di circa 270 pagine con moltissime centinaia di commi, totalmente sostitutivo del disegno di legge, avrebbe incontrato difficoltà a essere portato a conoscenza degli stessi componenti la Commissione Bilancio, i quali avrebbero avuto a disposizione per l'esame solo settanta minuti; così come il tempo concesso per l'esame in Assemblea sarebbe risultato di circa solo sette ore. In sostanza, si lamentava che tempi del genere avrebbero reso oggettivamente impossibile una consapevole deliberazione di un testo di tale natura, ampiezza, articolazione e tecnicità. Nel dettaglio, per una più analitica ricostruzione della vicenda, si vedano i punti 5, 7 e 8 del *Ritenuto in fatto*.

¹⁵ La decisione che la Corte ha assunto con l'[ordinanza n. 17 del 2019](#), in questo senso, cela una vera e propria decisione di merito sul conflitto sollevato. Ne è un chiaro sintomo, tra gli altri, anche il fatto che l'ordinanza rechi la suddivisione in *Ritenuto in fatto* e *Considerato in diritto* che è, notoriamente propria delle sentenze, dunque delle statuizioni con cui ci si pronuncia sul merito delle vicende. Suddivisione che, invero, ordinariamente non caratterizza le decisioni che la Corte è chiamata ad assumere in sede di ammissibilità dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato: non la recano, ad esempio, per citarne di recenti, le [ordinanze nn. 274 e 275 del 2019](#), nell'ambito delle quali, da un punto di vista formale, l'unica suddivisione è quella tra il *Ritenuto che* e il *Considerato che*, così come non la presenta nessun'altra delle successive ordinanze adottate dalla Corte in materia di conflitti interorganici negli anni 2019 e 2020.

Si tratta di una decisione di merito di tipo preminentemente politico: da questo punto di vista, infatti, una declaratoria di ammissibilità – che a ben vedere non sarebbe risultata affatto incoerente con la premessa relativa all'accertata violazione dell'*iter* di approvazione della legge – avrebbe significato inevitabilmente un allungamento dei tempi di risoluzione del conflitto; una dilatazione, questa, che si sarebbe posta al di fuori di ogni logica utilità, se – data la chiara intenzione manifestata dalla Corte di “non decidere” sul conflitto – si fosse optato alla fine per una sentenza di infondatezza del ricorso proposto che avesse recato il medesimo contenuto dell'ordinanza (ossia, il riferimento al concetto di violazione grave e manifesta delle lesioni delle prerogative parlamentari che sole possono consentire un intervento correttivo del custode della Costituzione).

Ad avviso di chi scrive, il caso in questione rappresenta, dunque, un esempio lampante di quell'orientamento seguito dal giudice dei conflitti, ed evidenziato da M. CECCHETTI, *Problemi dell'accesso al giudizio sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Atti del Seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999, a cura di A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi, Torino, 2000, 357 (ma nello stesso senso si veda pure S. BARTOLE, *La Corte e i poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, I, 73), volto a “«controllare» il livello politico del conflitto, evitando, per quanto possibile, di giungere a decidere nel merito le controversie i cui «toni politici» siano troppo accentuati”. Per completezza, occorre rappresentare come proprio questa propensione della Corte a risolvere con la soluzione dell'inammissibilità i temi politicamente più controversi non sia andata esente da critiche in dottrina. In tal senso, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, Intervento del Prof. Gustavo Zagrebelsky in occasione del XXIII Premio Giuseppe Chiarelli, Palazzo della Consulta, 20 ottobre 2004, secondo cui tale tendenza della Corte alla c.d. “terza via”, “*espone normalmente all'accusa di ambiguità 'politica' e consente spesso alle parti contrapposte di cantare, pro parte, vittoria*”.

¹⁶ Né, del resto, come pure mette in evidenza S. LIETO, *Conflitto tra poteri e «soglia di evidenza»*, cit., 255, la Corte indica qualche coordinata per capire quali siano i relativi parametri di valutazione dell'evidenza.

Per contro, nella differente materia della gestione dell'emergenza Covid-19 da parte di Governo e Parlamento, la chiusura della Corte appare netta nel senso di sbarrare l'accesso al giudizio di merito, a meno che a insorgere non sia, direttamente, uno dei due rami del Parlamento¹⁷.

Nello specifico, nel caso in esame, i fattori che, nella visione della Consulta, hanno impedito il raggiungimento della soglia di evidenza (cui, per la verità – ed è questo il punto – i ricorrenti non si sono neppure avvicinati), sono stati individuati nell'intervenuta partecipazione dei deputati istanti alle sedute parlamentari di conversione dei decreti-legge contestati nei relativi ricorsi e nella correlata riconosciuta possibilità, dunque, di esercitare le proprie prerogative costituzionali nei relativi passaggi in aula¹⁸.

Sul punto, e in analogia a quanto già osservato dalla Corte nelle [ordinanze nn. 274 e 275 del 2019](#), è stata la stessa narrativa dei fatti di cui al ricorso a essere valorizzata dal giudice costituzionale come motivo ostativo al passaggio al giudizio di merito¹⁹, essendosi ritenuto sostanzialmente rispettato il canone dell'art. 67 Cost., nel cui ambito va ricondotto, tra gli altri, il

¹⁷ Nell'[ordinanza n. 66 del 2021](#), si legge, infatti, che “*la lamentata distorsione degli istituti previsti dagli artt. 76 e 77 Cost, conseguente all’asserita “espropriazione” della funzione legislativa nei termini prospettati in ricorso, sarebbe semmai idonea a menomare, in ipotesi, le attribuzioni dell’intera Camera cui appartiene il deputato ricorrente, posto che la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere (art. 70 Cost.)*”. Analogamente, nell'[ordinanza “gemella” n. 67 del 2021](#), la Corte evidenzia che “*la lamentata «traslazione della potestà concreta legislativa dal Parlamento e/o dal Governo su delega del medesimo, verso il Presidente del Consiglio od addirittura a favore dei singoli ministri», nei termini prospettati in ricorso, sarebbe semmai idonea a menomare le attribuzioni dell’intera Camera cui appartiene la ricorrente, posto che la funzione legislativa, per dettato costituzionale, è esercitata collettivamente dalle due Camere (art. 70 Cost.)*”.

Con tali statuizioni – come si dirà *infra*, in sede di conclusioni – la Corte finisce, di fatto, per spalleggiare il Governo e il suo operato (anche se non dell'esecutivo attualmente in carica, ma poco cambia), in quanto, pur senza porre (come è ovvio che sia) un sigillo sulla legittimità delle attività poste in essere nella gestione dell'emergenza in corso, quantomeno, rifiuta l'idea che possa essere quella del conflitto interorganico la sede più opportuna per affrontare simile questione. È, infatti, improbabile che sia proprio il Parlamento, che ha convertito i decreti-legge dell'esecutivo, a insorgere contro il Governo davanti al giudice dei conflitti.

¹⁸ Infatti, nell'[ordinanza n. 66 del 2021](#), la Corte evidenzia che “*lo stesso ricorrente ha ricordato come il Parlamento abbia convertito, con modificazioni, il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19), nella legge 5 marzo 2020, n. 13, con il voto contrario di due soli deputati, l'on. Cunial e, appunto, l'on. Sgarbi, il quale ultimo, durante la discussione in aula del 26 febbraio 2020, avrebbe messo «in guardia sia dallo scarso approfondimento scientifico della questione della pandemia, sia dal grave danno che le misure approvate stavano arrecando all'economia italiana»*”. In termini analoghi, ma più succinti, nell'[ordinanza n. 67 del 2021](#), è stato rimarcato “*che la stessa ricorrente in prima battuta, rivolge le sue doglianze nei confronti della Camera di appartenenza, riconosce di avere partecipato, con pienezza di facoltà di espressione e di voto, al dibattito parlamentare sul contenuto dei decreti-legge e sulla loro conversione in legge*”.

Nel caso di specie, pare potersi affermare che, nella prospettiva della Corte, lungi dal venire in evidenza la connotazione “monocratica” del parlamentare, a venire in discussione siano state, piuttosto, le funzioni che ineriscono alla stessa fisionomia dei membri del Parlamento, ossia, come componenti di Assemblea. Sulla distinzione tra le due descritte dimensioni, si veda I.A. NICOTRA, *La Corte, il fattore tempo*, cit., 70.

¹⁹ Anche nel caso delle citate ordinanze del 2019, infatti, la prospettazione stessa del ricorso era stata valorizzata dalla Corte come motivo della assunta decisione di inammissibilità dei conflitti. Così si legge, invero, nell'[ordinanza n. 274 del 2019](#): “*dalla prospettazione del ricorso «non emerge un abuso del procedimento legislativo tale da determinare quelle violazioni manifeste delle prerogative costituzionali dei parlamentari», rilevabili «nella loro evidenza già in sede di sommaria delibazione», che assurgono a requisito di ammissibilità di questo tipo di conflitti (ordinanza n. 17 del 2019)*”. E formulazione analoga risulta contenuta anche nell'[ordinanza n. 275 del 2019](#), per cui “*è la stessa prospettazione dei ricorrenti ad attestare l'inesistenza di «violazioni manifeste delle prerogative costituzionali» poste a garanzia dello status dei parlamentari nell'ambito del procedimento legislativo (ordinanza n. 17 del 2019)*”.

A commento delle decisioni citate si vedano, tra gli altri, R. DICKMANN, *L'illegittimità delle norme intrusive dei decreti-legge tra conflitto di attribuzione promosso da singoli parlamentari e giudizio di legittimità costituzionale (Osservazioni a Corte cost, ordd. n. 274 e 275 del 2019 e sent. n. 247 del 2019)*, in [Federalismi.it](#), 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*, 2/2020; F. FABBRIZI, *Le ordd. 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*, 2/2020.

diritto di voto del parlamentare, il cui contributo alla formazione della volontà del plenum dell'Assemblea non è stato considerato come venuto meno e/o impedito²⁰.

Ricapitolando, dunque, il primo elemento di rilievo, da evidenziare, è che a differenza del precedente rappresentato dall'[ordinanza n. 17 del 2019](#), nei casi in commento non c'è stato alcun riconoscimento delle lesioni delle prerogative denunciate dai ricorrenti.

Anzi, la Corte è stata alquanto tranchant nell'escludere qualsivoglia forma di compressione.

Proprio a tal riguardo, una considerazione sorge spontanea.

In dottrina, infatti, nel commentare l'[ordinanza n. 17 del 2019](#), è stato messo in evidenza come la formula delle violazioni gravi e manifeste ivi affermata abbia dato luogo a una nebulosità concettuale sulle condizioni di ammissibilità dei conflitti proposti da singoli deputati e/o senatori che la Consulta si sarebbe curata "di volta in volta di diradare secondo occasionali convenienze e ... all'esito di operazioni di bilanciamento dagli esiti imprevedibili"²¹.

La considerazione è corretta e condivisibile, ma, a modesto avviso di chi scrive, non confacente (o, comunque, non tanto) alla vicenda in commento.

Nel caso di specie, infatti, pare potersi affermare come, per contro, fosse ampiamente prevedibile l'esito, nel senso dell'inammissibilità, dei due conflitti.

La Corte, infatti, soprattutto nella dimensione del conflitto interorganico, è una sorta di Giano bifronte²², in quanto organo dapprima (nella fase di ammissibilità) chiamato a operare valutazioni anche di opportunità politica in ordine alla trattazione (e conseguente ampia pubblicizzazione) del conflitto²³, e poi (nel successivo giudizio di merito), solo poi, tenuto a procedere alla sua composizione mediante gli strumenti del diritto, in tal veste operando come custode della Costituzione²⁴, al fine di impedire che il gioco politico possa finire per deformare la complessa architettura costituzionale basata sulla divisione dei poteri²⁵.

²⁰ Sul punto, sia nell'[ordinanza n. 66 del 2021](#), sia nell'[ordinanza n. 67 del 2021](#), la Corte afferma, pedissequamente, "che, dunque, dalla medesima narrativa del ricorso emerge come non sia mancato il confronto parlamentare (ordinanza n. 274 del 2019) e come i deputati abbiano avuto la possibilità di esercitare le proprie funzioni costituzionali (ordinanza n. 275 del 2019), nel corso dei «passaggi parlamentari», principalmente in sede di conversione in legge dei decreti-legge indicati in ricorso".

²¹ Così, A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato"*, cit., 71.

²² Con riferimento all'[ordinanza n. 17 del 2019](#), ha avuto modo di ricordarlo anche O. ROSELLI, *L'ordinanza n. 17 del 2019*, cit., Guardando più indietro nel tempo, un abbozzo di tale impostazione sembra, in ogni caso, possa rinvenirsi nelle parole di G. GROTTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzione tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni*, Milano, 1961, 19, il quale, già all'epoca, e a fronte della prevalente dottrina tendente a riconoscere il carattere giuridico, o comunque prevalentemente tale, dei conflitti *ex art.* 134 Cost, metteva in evidenza come non vi fossero dubbi sul fatto che, nel sistema costituzionale in vigore in Italia, il giudizio della Corte sui conflitti tra poteri tendesse, perlomeno, inevitabilmente, a essere un giudizio in parte politico.

²³ Ciò al fine di verificare la sussistenza di spazi per forme di "accomodamento politico" del conflitto, per usare un'espressione di G. ZAGREBELSY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 423.

²⁴ A voler prendere a prestito le figure mitologiche del passato, la Corte pare potersi rappresentare come una sorta di minotauro, in cui al di sopra di un busto intriso di politicità v'è un capo tarato in termini di diritto, che mostra a pieno il suo essere, proprio e soprattutto laddove venga adita in sede di conflitti interorganici. Ciò che si lega profondamente, a doppio filo, all'impostazione bifasica dei conflitti, in cui al giudizio di merito può accedersi solamente a seguito del vaglio preliminare che la Corte effettua, *inaudita altera parte*, in una fase di ammissibilità che si svolge nel segreto della camera di consiglio.

Simile impostazione sembra, del resto, potersi ravvisare anche nelle parole di A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in *Giur. cost.*, 1986, 793. L'Autore, infatti, nel trattare delle due fasi nelle quali si articolano i conflitti, "quella meramente deliberativa, in camera di consiglio, e perciò «misteriosa»" e "quella formalmente processuale", afferma che "la logica che governa il giudizio è la medesima in entrambe le fasi (può anzi dirsi che non esisterebbe questo tipo di giudizio se non vi fosse quella fase preliminare)". Mediante richiamo anche ad A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, in *Nss. Dig. It.*, Appendice, vol. II, Torino, 1981, 166 ss., l'Autore sottolinea anche la peculiare funzione del filtro di ammissibilità: "la presenza del «filtro tendente ad eliminare le questioni incompatibili con la funzione istituzionale del processo costituzionale» - e cioè il «misterioso» giudizio di deliberazione che le consente, tra l'altro, di sbarazzarsi dei conflitti troppo politicizzati, in relazione ai quali la Corte non riuscirebbe a imporsi agli altri organi costituzionali".

²⁵ Questa, infatti la *ratio* dei conflitti per R. BIN, "Ultima fortezza" e "regole d'ingaggio" nei conflitti interorganici, (nota a Corte costituzionale, sent. 116/2003), in *Forum di Quaderni Costituzionali*.

In questo caso, risultando il teatro della prima fondamentale decisione da assumersi la fase di ammissibilità (ove la componente politica delle considerazioni spesso prevale su quella squisitamente giuridica), e considerato il periodo emergenziale attuale, legato al contenimento della diffusione epidemiologica del virus, peraltro aggravato dalla recente crisi di governo e dalla creazione di un nuovo esecutivo²⁶, la Corte, tenuto conto della congiuntura storica attuale, ha avuto gioco facile nel dichiarare l'inammissibilità dei conflitti sollevati dagli onorevoli Sgarbi e Cunial.

Quel che si vuole dire, dato lo scenario descritto, è che non sembra vi fossero, alla radice, le condizioni per una declaratoria di ammissibilità dei conflitti di cui si discorre, in quanto, oltre al fatto che l'iniziativa assunta dai parlamentari ricorrenti sembrava per lo più strumentalmente volta a far auto-sollevare alla Corte la questione di legittimità dei decreti-legge emergenziali (per tal via "eludendo" la necessità di rinvenire un giudizio in cui sollevare le relative censure), in ogni caso, l'ammissione degli stessi al giudizio a cognizione piena avrebbe di fatto significato assestare uno "scossone" non indifferente al Governo e, conseguentemente, alla tenuta stessa del sistema²⁷.

Aprire la strada del giudizio di merito ai conflitti in parola avrebbe, infatti, potuto significare arrivare a un punto di non ritorno: e ciò perché – si perdoni il gioco di parole – a quel punto la Corte, in sede di merito, avrebbe dovuto prendere posizione sul *modus operandi* seguito nei mesi passati dal Governo, e avallato dal Parlamento, nella gestione dell'emergenza sanitaria, con esiti che per l'equilibrio del sistema sarebbero stati a dir poco catastrofici in caso di accoglimento delle doglianze articolate dai ricorrenti.

Non erano, quindi, queste le occasioni giuste affinché – e sempre che abbia davvero in mente di farlo, al di là delle aperture formali – la Corte compisse quel "doppio salto mortale"²⁸ di cui taluno ha parlato in dottrina, scommettendo sul fatto che, prima o poi, il giudice porterà a compimento il "super-monito"²⁹ contenuto nell'[ordinanza n. 17 del 2019](#), aprendo effettivamente al conflitto proposto dai parlamentari *uti singuli*.

4. *La fattuale inesistenza di spazi per la tutela del singolo parlamentare in sede di conflitto.*

Da quanto sin qui osservato, scaturisce un'ulteriore considerazione.

Le [ordinanze nn. 66 e 67 del 2021](#) possono rappresentare l'occasione per tirare un primo bilancio sullo stato dell'arte dei conflitti promossi dai singoli parlamentari.

Infatti, dall'[ordinanza n. 17 del 2019](#), che ha aperto alla relativa legittimazione processuale, contando anche le ordinanze sopra citate, sono ben nove i conflitti sollevati da singoli parlamentari³⁰.

²⁶ Dal 13 febbraio 2021, infatti, nell'ambito della XVIII Legislatura, l'esecutivo presieduto dal nuovo Presidente del Consiglio dei Ministri Mario Draghi, ha preso il posto del Governo uscente guidato da Giuseppe Conte (il c.d. Conte *bis*).

²⁷ Da qui, ad avviso di chi scrive, al di là di ogni considerazione di stampo giuridico, il carattere (anche in questo caso), comunque, prevalentemente politico della decisione assunta dalla Corte con le [ordinanze nn. 66 e 67 del 2021](#).

²⁸ L'espressione è utilizzata da V. PIERGLIGLI, *La Corte costituzionale e il doppio salto mortale mancato. Alcune osservazioni a margine della ordinanza n. 17/2019*, in *Nomos*, 2019, fasc. 1, in part. 1, 12 e 14.

²⁹ In questi termini ne parla N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria*, cit., 15.

³⁰ Il riferimento è ai conflitti decisi con le [ordinanze nn. 274 e 275 del 2019](#), [60](#), [86](#), [129](#), [176](#) e [197 del 2020](#), e, per l'appunto, [nn. 66 e 67 del 2021](#).

Di seguito, salvo per i conflitti risolti con le ordinanze da ultimo citate, in quanto in commento in narrativa, si ricorda, brevemente l'oggetto di ciascuno dei menzionati conflitti.

Con le [ordinanze nn. 274 e 275 del 2019](#), la Corte ha dichiarato inammissibili due conflitti di attribuzione sollevati, rispettivamente, da due senatori e tre deputati in relazione alla asserita preclusione del proprio "diritto di emendamento" come espressione di attribuzione costituzionale del singolo parlamentare. In entrambe le pronunce, la Corte, pur affermando che, in astratto 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, tuttavia, in concreto, in relazione ai casi portati alla sua attenzione, ritiene l'insussistenza di elementi dimostrativi dell'asserito difetto di omogeneità dell'emendamento oggetto del conflitto, e della conseguente palese

violazione delle prerogative dei parlamentari ricorrenti. In dottrina, al riguardo, si vedano i richiami già operati *supra*, *sub* nota n. 19.

Con l'[ordinanza n. 60 del 2020](#), invece, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità di tre ricorsi sollevati dai Presidenti dei gruppi parlamentari presso la Camera dei deputati «Forza Italia - Berlusconi Presidente», «Lega Salvini Premier» e «Fratelli d'Italia», dai componenti di tali gruppi, nonché da questi ultimi in quanto tali, nei confronti del Governo, del Presidente e della V Commissione permanente (Bilancio, Tesoro e programmazione), della Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari, del Presidente, dell'Assemblea e dei Relatori della Camera dei deputati nonché, per due dei tre conflitti, della Commissione Bilancio, della Conferenza dei capigruppo, dell'Assemblea e del Presidente del Senato della Repubblica, in riferimento alla legge 27 dicembre 2019, n. 160 (*“Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022”*) e al relativo *iter* di approvazione, ai fini dell'accertamento dell'avvenuta violazione delle prerogative costituzionali spettanti agli stessi ricorrenti. Analogamente che nel precedente rappresentato dall'[ordinanza n. 17 del 2019](#), anche in questo caso la Corte, entrando di fatto nel merito della questione, dopo aver riepilogato con precisione gli avvenimenti che hanno determinato la sollevazione del conflitto, e aver sostanzialmente riconosciuto l'esistenza del conflitto, giunge a dichiararlo inammissibile in quanto *“in conclusione, 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”*. In dottrina, si vedano, tra le altre, le note a commento di M. MANETTI, *Il conflitto promosso dai parlamentari si rivela una trappola. Dalla tutela degli interna corporis alla modifica tacita della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2020, II, 714 ss. e D. PICCIONE, *Tra legalità e nuova legittimazione: il parlamentarismo lungo il sentiero dei conflitti di attribuzione sollevati dai singoli parlamentari e dai gruppi*, in *Giur. cost.*, 2020, II, 731 ss.; R. DICKMANN, *Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli membri delle Camere... ma non dei gruppi parlamentari (nota a Corte cost, ord. 26 marzo 2020, n. 60)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; M. ARMANNI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l'invalidabile soglia del controllo di ammissibilità*, in *Osservatorio AIC*, 4/2020.

Con l'[ordinanza n. 86 del 2020](#), con nota a commento di A. LAURO, *L'integrità numerica delle Camere alla prova del conflitto tra poteri: la risposta negativa al singolo parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2020, II, 1125 ss., la Consulta ha dichiarato inammissibile il conflitto sollevato da Gregorio De Falco, nella qualità di senatore, nei confronti del Senato della Repubblica e, se dichiarato ammissibile, della senatrice Emma Pavanelli, in relazione alla proclamazione a senatrice, nella seduta n. 140 del 31 luglio 2019, da parte dell'Assemblea del Senato della Repubblica della XVIII legislatura, proprio di Emma Pavanelli, candidata nella lista MoVimento 5 Stelle (M5S) nella Regione Umbria, con l'assegnazione del seggio non attribuito nella Regione Siciliana a causa dell'incapienza dei candidati della lista M5S. A fare difetto, secondo la Corte, il presupposto soggettivo del conflitto, considerato che il singolo parlamentare è legittimato ad adire il giudice dei conflitti solo a tutela delle attribuzioni costituzionali inerenti al diritto di parola, di proposta e di voto, che gli spettano come singolo rappresentante della Nazione, individualmente considerato, da esercitare in modo autonomo e indipendente, non rimuovibili né modificabili a iniziativa di altro organo parlamentare, e che nessuna delle anzidette attribuzioni costituzionali veniva in rilievo nel caso di specie.

Con l'[ordinanza n. 129 del 2020](#), la Corte ha dichiarato inammissibile il conflitto sollevato da Cosimo Maria Ferri, nella qualità di membro della Camera dei deputati, nei confronti del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, nonché, per quanto dovesse occorrere, del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Perugia, in relazione all'intervenuta sottoposizione in via indiretta, a intercettazione di conversazioni, disposta dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Perugia in assenza dell'autorizzazione della Camera dei deputati, richiesta dall'art. 68, comma 3, Cost, nonché all'intervenuta conseguente sottoposizione, sulla base di tali intercettazioni, all'azione disciplinare esercitata dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione, per difetto del presupposto soggettivo, in quanto, ad avviso della Consulta, i destinatari delle tutele sancite dall'art. 68, comma 3, Cost, non sono i parlamentari *uti singuli*, bensì le Assemblee nel loro complesso considerate.

Con l'[ordinanza n. 176 del 2020](#), la Consulta ha dichiarato la manifesta inammissibilità del conflitto sollevato da Raffaele Fantetti, nella qualità di senatrice, in relazione all'approvazione, in via definitiva e in seconda deliberazione, da parte della Camera dei deputati, nella seduta dell'8 ottobre 2019, della proposta di legge costituzionale A.C. 1585-B (*“Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari”*), e all'approvazione della medesima proposta di legge, in seconda deliberazione, da parte del Senato della Repubblica in data 11 luglio 2019, con particolare riguardo alle disposizioni riguardanti il numero di deputati e di senatori da eleggersi nella predetta circoscrizione, per cui all'art. 1 *«la parola: “dodici” è sostituita dalla seguente: “otto”»* e all'art. 2 *«la parola: “sei” è sostituita dalla seguente: “quattro”»*, per carenza del requisito soggettivo per la proposizione del conflitto, a causa della mancata denuncia della menomazione delle relative attribuzioni, connesse allo svolgimento della funzione parlamentare.

Infine, con l'[ordinanza n. 197](#), la Corte ha dichiarato inammissibile il conflitto sollevato dal senatore Gregorio De Falco nei confronti del Senato della Repubblica, nonché, se dichiarato ammissibile, nei confronti del Governo della Repubblica e dei Ministri dell'interno e della giustizia, in relazione all'*iter* di approvazione, al Senato della Repubblica, nei giorni 18 e 19 giugno 2020, mediante voto di fiducia *ex art.* 161, comma 3 *bis* del regolamento del Senato, dell'articolo unico di conversione del decreto-legge 20 aprile 2020 n. 26 (*“Disposizioni urgenti in materia di*

Ebbene, il dato da evidenziare è che tutti sono stati dichiarati inammissibili, e la maggior parte di essi per mancata integrazione della tanto commentata soglia di rilevanza.

Tenuto, quindi, conto anche delle più recenti decisioni, sembra venirsi a concretizzare sempre di più il rischio, già prefigurato in dottrina, che, nonostante i proclami formalistici contenuti nell'[ordinanza n. 17 del 2019](#), la Corte, con tale decisione, abbia in realtà istituito un meccanismo che conduce “alla formale e sostanziale negazione di spazi per la tutela del singolo parlamentare”³¹ in sede di conflitto tra poteri.

Il timore, rappresentato da taluno, di apertura “meramente virtuale” alla *legitimatio ad processum* dei membri delle Camere, allo stato delle cose, sembra, dunque, essersi inverato³².

Ciò che, del resto, neppure può dirsi, in fondo, imprevedibile³³.

Come, infatti, è stato anticipato ed evidenziato in dottrina, considerato che “è davvero assai arduo immaginare che possano darsi casi di violazione ancora più “manifesta” di quella riscontratasi nel caso” risolto dall'[ordinanza n. 17 del 2019](#), “non si capisce quando mai ai parlamentari *uti singuli* sarà consentito di mettere piede alla Consulta”³⁴.

Vale a dire che se, a fronte della pur riconosciuta lesione delle prerogative dei 37 parlamentari ricorrenti, la Consulta, nel conflitto deciso con la citata ordinanza, ha comunque optato per una declaratoria di inammissibilità, davvero non si vede in quali circostanze questo atteggiamento di pratica chiusura rispetto ai conflitti promossi dai parlamentari possa mutare.

A voler immaginare che non abbiano a verificarsi “casi di scuola”, come la negazione del diritto di voto o di iniziativa legislativa, è allora realmente ostico pensare a situazioni che possano consentire al conflitto sollevato dal membro di una delle Camere di giungere fino al giudizio di merito³⁵.

consultazioni elettorali per l'anno 2020”), convertito, con modificazioni, nella legge 19 giugno 2020, n. 59, nonché degli atti conseguenti, cioè l'indizione dei comizi referendari, mediante il d.P.R. 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”), per i giorni 20 e 21 settembre 2020, per vizio di autosufficienza dell'atto introduttivo, in quanto il ricorso non chiariva quali attribuzioni costituzionali del singolo parlamentare fossero state in concreto lese nel corso di tali procedimenti, e nemmeno enunciava quali fossero, in astratto, tali attribuzioni.

³¹ Così, A. MORRONE, *Lucciole per lanterne*, cit., 4.

³² Il riferimento è a A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale “potere dello Stato”*, cit., 71. Analoghe considerazioni sono, altresì, state spese da V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento*:, cit., 271, il quale, in disaccordo con quanti avevano assunto che l'apertura contenuta nell'[ordinanza n. 17 del 2019](#) avrebbe determinato una pioggia di ricorsi proposti dai singoli parlamentari, ha evidenziato come la Corte fosse stata chiarissima nel limitare la legittimazione ai soli casi in cui a venire in gioco sono i poteri espressamente attribuiti ai singoli membri del Parlamento (presentazione di proposte di legge o emendamenti ai progetti all'esame della rispettiva Camera, potere di esprimere voti e opinioni). Ancor più netto il pensiero di G. MOBILIO, *La Corte costituzionale e la difficile ricerca di bilanciamenti*, cit., 3, secondo cui l'apertura della Corte è circondata da cautele tali da rendere quasi illusoria la possibilità di un riconoscimento della violazione delle prerogative dei singoli parlamentari.

³³ In questo senso, infatti, oltre a quanto si dirà in narrativa, mette conto evidenziare come già N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria*, cit., 11, aveva avvertito circa la portata, difficilmente superabile, del nuovo requisito della necessaria rilevanza già in sede deliberativa della evidenza delle violazioni lamentate dai singoli parlamentari.

³⁴ Questo il pensiero di A. RUGGERI, *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie*, cit., 602. Nello stesso senso, si è espresso, tra gli altri, a titolo esemplificativo, anche A. FIORENTINO, *La legittimazione attiva dei singoli parlamentari e la sua sottoposizione al test delle «violazioni manifeste»*, cit., 15.

³⁵ In questo senso, v'è stato chi, come R. DICKMANN, *La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-21*, cit., 21, dopo aver richiamato i vari passaggi motivati dell'[ordinanza n. 17 del 2019](#), ha affermato che, nei termini ivi posti dalla Corte, solamente il diritto di iniziativa legislativa di cui all'art. 71 Cost. presenterebbe i connotati di un'attribuzione costituzionale del singolo parlamentare, e, comunque, non tutte le dimensioni del diritto di iniziativa legislativa e del diritto di emendamento sarebbero riconducibili alla facoltà, necessaria all'esercizio del libero mandato parlamentare ex art. 67 Cost, di partecipare alle discussioni e alle deliberazioni esprimendo voti e opinioni, ma solamente quelle espressamente circoscritte in Costituzione come esclusivamente proprie del singolo parlamentare e non manifestazioni di fasi del procedimento. Se così stanno le cose, risulta, dunque, ancor più ristretta la possibilità che singoli membri del Parlamento possano arrivare ad adire la Corte in sede di conflitto.

Di certo – come si è evidenziato, dato il momento storico attuale – non era quello della gestione dell'emergenza Covid-19 il caso giusto per poter sperare in un revirement della Corte.

E il discorso non sarebbe mutato neppure se, al posto di una crisi sanitaria come quella attuale, il Governo si fosse trovato a fronteggiare una crisi monetaria, o di altro tipo.

Comunque, infatti, la partecipazione dei due ricorrenti alle sedute parlamentari deputate alla conversione in legge dei decreti adottati dal Governo sarebbe stata ugualmente stata valorizzata come elemento di negazione della violazione delle relative prerogative, e ciò indipendentemente dalla direzione del voto espresso.

Stando così le cose, a meno di inattesi, futuri, capovolgimenti da parte della Corte dell'orientamento sin qui seguito, pare potersi condividere il pensiero di chi ha messo in evidenza il carattere di vittoria pirrica dell'apertura al conflitto del singolo parlamentare operata dalla Corte all'inizio del 2019³⁶.

La situazione deve far riflettere.

Se, infatti, il conflitto tra poteri dello Stato ha – come, in effetti, possiede – la natura di *extrema ratio*, nel senso di integrare – secondo la nota definizione di Roberto Bin³⁷ – l'“ultima fortezza” posta presidio del sistema, nella quale può trovare rifugio e protezione il potere che sia stato leso o menomato nell'esercizio delle proprie prerogative, ci si deve allora domandare quale sia la sede più adeguata in cui il singolo parlamentare può lamentare la violazione delle proprie prerogative.

Il caso dell'[ordinanza n. 17 del 2019](#) ci insegna che, anche se tale violazione è oggettivamente sussistente, non per questo (*rectius*, non solo per questo) la tutela della Corte, in qualità di giudice dei conflitti, è automatica. Tutt'altro.

Occorre che le lesioni riscontrate siano manifeste.

Il che, in pratica, significa che, se, al di fuori dei già menzionati casi di scuola, è già di per sé complicato ravvisare prerogative astrattamente tutelabili in sede di conflitto, diventa, allora, a maggior ragione praticamente impossibile (o, comunque, oltremodo difficoltoso) ravvisare casi di conflitti presentati da singoli parlamentari destinati ad avere successo, quantomeno nella prima fase del giudizio.

In questo senso, le [ordinanze nn. 66 e 67 del 2021](#) (come già, prima di loro, le [ordinanze nn. 274 e 275 del 2019](#), e [60](#), [86](#), [129](#), [176](#) e [197 del 2020](#)), confermano tale assunto.

5. Conflitti interorganici e provvedimenti governativi in materia di Covid-19.

Quanto appena evidenziato in merito alla individuazione della sede più corretta per le rimostranze dei singoli parlamentari, offre l'appiglio per porsi l'ulteriore seguente interrogativo.

A fronte dell'inammissibilità dei conflitti sollevati dagli onorevoli Sgarbi e Cunial, ci si deve, infatti, domandare anche quale sia la sede più adeguata ove dare eventualmente ingresso alle questioni relative alla legittimità dei provvedimenti governativi adottati per fronteggiare l'emergenza Covid-19.

Il riferimento è, evidentemente, in primis, alla catena di d.p.c.m. adottati a partire dal 23 febbraio 2020, nonché ai relativi decreti-legge legittimanti³⁸.

³⁶ Cfr, in tal senso, S. CURRERI, *L'occasione persa*, cit., 5, per cui, per l'appunto, l'apertura contenuta nell'[ordinanza n. 17 del 2019](#) rappresenta una “vittoria di Pirro”, “*perché si fa fatica ad immaginare quali siano le condizioni oggettive più gravi di quelle verificatesi in tale circostanza che possano portare la Corte a conclusioni diverse, a meno di non ipotizzare i classici casi di scuola (ad esempio il parlamentare cui viene negata l'iniziativa legislativa), come tali inverosimili. Insomma, una legittimazione ammessa in astratto ma negata in concreto sulla base di argomentazioni così dirimenti da rendere improbabili futuri accoglimenti*”.

³⁷ Il riferimento è lavoro di R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996.

³⁸ Al riguardo, la sequenza, fino al 7 dicembre 2020 (giorno del deposito del secondo conflitto, quello proposto dall'onorevole Cunial e deciso con l'[ordinanza n. 67 del 2021](#)), è più o meno la seguente: ordinanza del Ministero della salute 30 gennaio 2020 “*Misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus (2019 - nCoV)*”; delibera del Consiglio dei

ministri 31 gennaio 2020, recante “Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”; d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”; d.p.c.m. 23 febbraio 2020, recante “Disposizioni attuative del decreto- legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”; d.p.c.m. 25 febbraio 2020, recante “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”; d.p.c.m. 1 marzo 2020, recante “Ulteriori disposizioni attuative del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”; d.l. 2 marzo 2020, n. 9, recante “Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”; d.p.c.m. 4 marzo 2020, recante “Ulteriori disposizioni attuative del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale”; d.l. 8 marzo 2020, n. 11, recante “Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria”; d.p.c.m. 8 marzo 2020, recante “Ulteriori misure per il contenimento e il contrasto del diffondersi del virus Covid-19 sull'intero territorio nazionale”; d.p.c.m. 9 marzo 2020, recante “Nuove misure per il contenimento e il contrasto del diffondersi del virus Covid-19 sull'intero territorio nazionale”; d.l. 8 marzo 2020, n. 11, recante “Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria”; d.l. 9 marzo 2020, n. 14, recante “Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19”; d.l. 17 marzo 2020 n. 18 - Decreto 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”; d.p.c.m. 22 marzo 2020, recante “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale”; d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante “Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”; d.p.c.m. 1 aprile 2020, recante “Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale”; d.l. 8 aprile 2020, n. 22 “Misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato”; d.l. 8 aprile 2020, n. 23 - Decreto Liquidità, recante “Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali”; d.p.c.m. 10 aprile 2020, recante “Istituzione del Comitato di esperti in materia economica e sociale”; d.p.c.m. 10 aprile 2020, recante “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale”; d.l. 20 aprile 2020, n. 26, recante “Disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020”; d.p.c.m. 26 aprile 2020, recante “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale”; d.l. 30 aprile 2020, n. 28, recante “Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazione di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19”; d.l. 10 maggio 2020, n. 29, recante “Decreto Covid19 – Scarcerazioni”; d.l. 10 maggio 2020, n. 30, recante “Decreto Covid19 - Indagine sieroprevalenza”; d.p.c.m. 12 maggio 2020, recante “Integrazione del Comitato di esperti in materia economica e sociale”; d.l. 16 maggio 2020, n. 33, recante “Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”; d.p.c.m. 17 maggio 2020, recante “Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”; d.p.c.m. 18 maggio 2020, recante “Modifiche all'articolo 1, comma 1, lettera cc), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 17 maggio 2020, concernente: «Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»”; d.l. 19 maggio 2020, n. 34, recante “Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”; d.p.c.m. 11 giugno 2020, recante “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”; d.l. 16 giugno 2020, n. 52, recante “Ulteriori misure urgenti in materia di trattamento di integrazione salariale, nonché proroga di termini in materia di reddito di emergenza e di emersione di rapporti di lavoro”; d.p.c.m. 14 luglio 2020, recante “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”; d.l. 30 luglio 2020, n. 83, recante “Misure urgenti connesse con la scadenza della dichiarazione di emergenza epidemiologica”; d.p.c.m. 7 agosto 2020, recante “Misure ulteriori

Per fornire riscontro al quesito posto, pare d'obbligo operare una distinzione a seconda del tipo di fonte che viene in considerazione.

Per quanto concerne, anzitutto, i d.p.c.m., trattandosi di fonti di rango secondario³⁹, e riconfermata anche più di recente la non sindacabilità dei stessi da parte della Consulta in sede di giudizio sulle leggi⁴⁰, la dimensione più opportuna per contestarne la legittimità – e che in effetti è

per fronteggiare l'emergenza epidemiologica"; d.l. 14 agosto 2020, n. 104, recante "Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia"; d.p.c.m. 7 settembre 2020, recante "Indicazione operative relative alle attività del medico competente nel contesto delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2 negli ambienti di lavoro e nella collettività"; d.l. 8 settembre 2020, recante "Disposizioni urgenti per far fronte a indifferibili esigenze finanziarie e di sostegno per l'avvio dell'anno scolastico, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19"; d.l. 11 settembre 2020, n. 117, recante "Disposizioni urgenti per la pulizia e la disinfezione dei locali adibiti a seggio elettorale e per il regolare svolgimento dei servizi educativi e scolastici gestiti dai comuni"; d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, recante "Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza"; d.p.c.m. 13 ottobre 2020, recante "Uso di mascherine anche all'aperto; limite alla capienza di stadi e palasport; limitazioni agli spostamenti da e per l'estero; limitazioni all'attività di bar e ristoranti; stop agli sport amatoriali; riduzione del periodo di quarantena a 10 giorni con test molecolare negativo"; d.p.c.m. 18 ottobre 2020, recante "Limitazioni all'attività di bar e ristoranti; limitazioni alla pratica sportiva amatoriale e dilettantistica di base; possibilità per i sindaci di chiudere vie e piazze per evitare assembramenti; indicazioni su lavoro agile e didattica a distanza"; d.l. 20 ottobre 2020, n. 129, recante "Proroga al 31 dicembre delle scadenze tributarie"; d.p.c.m. 24 ottobre 2020, recante "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».»; d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 - Decreto ristori, recante "Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19"; d.p.c.m. 3 novembre 2020, recante "Suddivisione del paese in tre aree distinte di criticità"; d.l. 9 novembre 2020, n. 149 - Decreto ristori bis, recante "Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese e giustizia, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19"; d.l. 10 novembre 2020, n. 150, recante "Misure urgenti per il rilancio del servizio sanitario della regione Calabria e per il rinnovo degli organi elettivi delle regioni a statuto ordinario"; d.l. 23 novembre 2020, n. 154 - Decreto ristori ter, recante "Misure finanziarie urgenti connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19"; d.l. 30 novembre 2020, n. 157 - Decreto ristori quater, recante "Ulteriori misure urgenti connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19"; d.l. 2 dicembre 2020, n. 158, recante "Disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus COVID-19"; d.p.c.m. 3 dicembre 2020, recante "Disposizioni in vista delle festività natalizie".

La sequenza tiene, per ovvie ragioni, non tiene conto delle molteplici ordinanze, direttive, circolari, note tecniche, decreti interministeriali e comunicati pure adottate da tutti gli altri organi competenti in materia, in *primis* i Ministeri.

³⁹ Sulla specifica questione attinente alla natura giuridica di tali fonti e alla loro legittimità a intervenire nella gestione dell'emergenza covid-19 mediante l'introduzione di previsioni limitative dei diritti fondamentali dei cittadini – su cui, per ovvie ragioni non ci si può soffermare nel corpo del presente elaborato – sia consentito brevemente ricordare, per completezza, come su di essa si sia molto discusso in dottrina. Come ricorda, infatti, A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, 143 ss., v'è stato chi ha dubitato della conformità di tali provvedimenti al disegno costituzionale della produzione normativa, nel senso di individuarvi "atti atipici", non previsti in Costituzione e mai visti prima, che avrebbero illegittimamente compresso o rimodulato posizioni soggettive costituzionalmente protette. Basti ricordare in tal senso, tra gli altri, il pensiero di F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 130 ss. e di G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, il quale, in particolare, alla luce dell'ordine delle fonti previsto in Costituzione, si è posto il quesito di come abbia potuto il solo Presidente del Consiglio, e non l'intero esecutivo, intervenire con un atto amministrativo (per l'appunto) "atipico" a riconformare, sia pur in via temporanea e territorialmente circoscritta, posizioni soggettive sostanziali protette in Costituzione da riserva di legge. È nel solco di tale discussione, e per fornire riscontro a simili domande, che anche in un'ottica comparativa (cfr. A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *BioDiritto*, n. 2/2020), si è, ad esempio, giunti finanche a invocare lo stato di eccezione e lo stato di assedio: cfr. in tal senso, tra gli altri, G. PRETEROSSO, *Da emergenza sanitaria a stato di eccezione politico?*, in *Micromega-Il Rasoio di Occam*, 25 marzo 2020; G. ZAGREBELSKY, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, in *la Repubblica*, 28 luglio 2020.

⁴⁰ Il riferimento è alla recente [sentenza n. 37 del 2021](#), con cui la Corte costituzionale si è pronunciata nella questione di legittimità attivata in via principale dal Presidente del Consiglio dei Ministri contro la legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (recante "Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza"), nonché, in

stata quella attivata più di frequente – sembra essere rappresentata dal giudizio amministrativo, più che da quello costituzionale.

Non che nella dimensione del conflitto, non possano essere oggetto del giudizio (data anche la natura residuale del rimedio). Semplicemente, la sede “ideale” sembra essere quella del giudizio dinanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali (e, se del caso, al Consiglio di Stato).

È stato al riguardo osservato come ciò sia dovuto a molteplici ragioni⁴¹, la principale delle quali deve ricercarsi nella efficacia, spesso limitata nel tempo, che caratterizza i numerosi provvedimenti adottati dal Governo e con i quali sono stati limitati i diritti inviolabili dei cittadini: a fronte di tale loro peculiarità, si è evidenziato, è divenuta essenziale la tutela d’urgenza, intorno alla quale ruota, per l’appunto, gran parte del processo amministrativo, nel cui “armamentario” è prevista, infatti, non solo la tutela cautelare collegiale di cui all’art. 55 del codice del processo, ma anche la tutela cautelare monocratica, da concedersi a cura del Presidente del TAR o del Consiglio di Stato, o di sezione, *ex art. 56 c.pa.*⁴²

Tutela, quest’ultima, che per provvedimenti aventi efficacia anche per pochi giorni, come quelli di cui si discute, è divenuta necessariamente essenziale nella prospettiva di salvaguardia della sfera giuridica dei ricorrenti⁴³.

Insomma, il giudice amministrativo – che mai, va evidenziato, ha denegato in materia la propria giurisdizione⁴⁴ – si è ritrovato in prima linea nella valutazione della legittimità dei d.p.c.m.⁴⁵, tanto da poter essere qualificato come il “giudice dell’emergenza”.

Allo stato delle cose, dunque, non è la Corte costituzionale il giudice cui conviene rivolgersi per avanzare le proprie doglianze nei confronti dei citati provvedimenti del Presidente del Consiglio.

Discorso in parte diverso va fatto invece – come è ovvio che sia – per i decreti-legge che legittimano l’adozione di simili d.p.c.m. emergenziali.

Rispetto a essi la sede di discussione resta, infatti, il Palazzo della Consulta, ma la dimensione più consona per il relativo vaglio non sembra essere quella del conflitto interorganico, bensì della questione di costituzionalità⁴⁶.

E non deve far propendere in senso opposto quanto recentemente affermato nella [sentenza n. 37 del 2021](#) dal giudice costituzionale, il quale ha ritenuto di non poter accogliere “la sollecitazione della difesa regionale ad auto-rimettere la questione di costituzionalità dei d.l. n. 19 del 2020 e n. 33 del 2020, sia nella parte in cui tali disposizioni comprimerebbero l’autonomia regionale (artt. 117 e

particolare, dei suoi artt. 2, commi 4, 6, 7, 9, da 11 a 16, 18 e da 20 a 25, 3, comma 1, lett. a). Ivi, infatti, al § 9.1. si legge che “*Non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei d.P.C.m. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo –*”.

⁴¹ Cfr. A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all’epidemia*, in [Diritti Regionali](#) 2, 2020, 86 e ss., il quale ha sottolineato come, nel periodo emergenziale attuale, la sede della tutela dei diritti e degli interessi lesi sia quella della giurisdizione comune, con il giudice amministrativo ad assumere un ruolo di primo piano, a detrimento del giudice ordinario, il cui ruolo “*sembra essere in un cono d’ombra*”.

⁴² Il discorso potrebbe in parte mutare se anche in sede di conflitto interorganico la Corte aprisse alla concessione dei rimedi cautelari previsti dal codice del processo amministrativo. Al riguardo, sulla ipotetica possibilità che la Consulta vi faccia ricorso nella dimensione del conflitto tra poteri, in forza delle aperture della stessa giurisprudenza costituzionale (cfr. [ordinanza n. 225 del 2017](#)) e del rinvio che l’art. 22 della l. n. 87 del 1953 opera alla tutela cautelare prevista dalle norme regolatrici del processo amministrativo, sia consentito sommessamente rinviare a quanto già osservato in J. FERRACUTI, *Tutela cautelare e conflitti tra poteri dello Stato. Verso un’estensione dei rimedi cautelari propri del processo amministrativo ai relativi giudizi?* in [Rivista AIC](#), 1/2021, in part. 223 ss.

⁴³ Di tale avviso è A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in [Federalismi.it](#), 10/2021, in part. 315.

⁴⁴ Nella maggior parte delle pronunce rese si legge, infatti, l’inciso, di stile, ma comunque significativo “*Ritenuta la propria giurisdizione e competenza*”. Cfr. *ex multis*, [TAR Lazio, Roma, sez. I, ordinanza 26 marzo 2021, n. 1946](#).

⁴⁵ Le numerose decisioni rese, fino a oggi, dal giudice amministrativo sui provvedimenti legati all’emergenza Covid-19 sono state raccolte sul sito istituzionale della Giustizia Amministrativa, *sub* “[Emergenza coronavirus](#)”, “*Focus di giurisprudenza e pareri*”.

⁴⁶ Al riguardo, per una più ampia e approfondita ricostruzione degli interventi della Consulta in sede di costituzionalità sui decreti-legge non si può che rinviare alla opera monografica di A. CELOTTO, *L’abuso del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, I, Padova, 1997.

118 Cost.), sia nella parte in cui darebbero vita a “fonti dell’emergenza”, ovvero i d.p.c.m., che non sarebbero contemplate dalla Costituzione, in lesione degli artt. 70, 76 e 77 Cost.

Entrambe le questioni di legittimità costituzionale così prospettate sono, infatti, prive di rilevanza, una volta che si sia accertato che si verte in materia affidata alla competenza legislativa esclusiva statale⁴⁷.

In quel caso, infatti, in sede di impugnativa da parte dello Stato di una legge regionale che aveva introdotto misure in contrasto con la normativa vigente in materia di contenimento del Covid-19, e la cui efficacia era stata sospesa con la “storica” [ordinanza n. 4 del 2021](#)⁴⁸, la Corte costituzionale, ribadito “che la materia oggetto dell’intervento legislativo regionale ricade nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di «profilassi internazionale» (art. 117, comma 2, lett. q, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla”⁴⁹, ha conseguentemente ritenuto di non dar seguito alla summenzionata richiesta di auto-rimessione della questione di legittimità costituzionale avente a oggetto taluni dei decreti-legge adottati in periodo emergenziale.

La peculiarità del caso, e la dinamica dei rapporti Stato-Regioni, sono, dunque, tali da escludere che si sia trattato di un diniego assoluto.

La sede più adeguata a vagliare la legittimità dei vari decreti-legge in materia di Covid-19 rimane, dunque, quella del giudizio di costituzionalità, ad avviso di chi scrive potendosi al riguardo replicare, a supporto dell’affermazione, le argomentazioni che in dottrina già sono state spese a proposito dell’individuazione della sede di discussione delle questioni procedurali relative all’iter di formazione della legge di bilancio: ossia, anzitutto, la considerazione per cui, nell’evoluzione storica del ruolo del giudice costituzionale, è il giudizio sulle leggi e non il conflitto interorganico, ad aver assunto il ruolo di ultima fortezza della legalità costituzionale; in secondo luogo, la stessa concezione che del conflitto, pur a fronte di aberrazioni nella prassi parlamentare, hanno da sempre evidenziato i membri del Parlamento, che non ne hanno ravvisato un rimedio costituzionale effettivo; e, infine, la considerazione della peculiare conformazione del giudizio sulle leggi che, meglio del conflitto tra poteri, si presta ad adattare alle esigenze del caso concreto l’interpretazione delle categorie processuali⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. § 13.

⁴⁸ La portata “storica” della decisione è dovuta al fatto che, con essa, per la prima volta la Corte costituzionale, in oltre sessanta anni di attività, ha sospeso in sede cautelare l’efficacia di una legge regionale impugnata in via principale. Tra i primi commentatori della decisione, cfr. R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l’efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost, ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in [Federalismi.it](#), 4/2021, 118 ss.; A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale*, cit., 309 ss.; E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021, 154 ss.; A. CONZUTTI, *Un “vaccino processuale” per combattere il COVID-19? La prima “storica” pronuncia di sospensiva*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 252 ss.; N. MINISCALCO, [Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge \(Note a margine di Corte costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021\)](#), in questa *Rivista, Studi 2021/I*, 223 ss.

⁴⁹ Cfr. § 7.

⁵⁰ Il riferimento è ad A. CARDONE, *Quali spazi aperti lascia il precedente?* cit., in part. 2 ss. L’Autore, ivi, commentando l’[ordinanza n. 17 del 2019](#), si interroga su quale sia la sede naturale per dare soluzione alle questioni procedurali relative all’iter di formazione della legge di bilancio. La risposta all’interrogativo posto è il giudizio di costituzionalità per le motivazioni riportate in narrativa.

Secondo l’Autore, infatti, “*La prima considerazione riguarda l’evoluzione storica del ruolo del Giudice delle leggi nel presidio del sistema delle fonti. Al riguardo si può osservare che nella giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di fonti del diritto è storicamente il giudizio sulle leggi (prevalentemente quello instaurato in via incidentale, ma anche quello in via di azione) e non il conflitto di attribuzioni ad aver assunto il carattere di ultima fortezza della legalità costituzionale*”. A chi scrive, sembra che la considerazione possa valere anche per il caso dei decreti-legge adottati dal Governo per fronteggiare l’emergenza covid-19. Se, infatti, come si è detto (e il riferimento è, tra gli altri, ad A. VENANZONI, *L’innominabile attuale. L’emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, in part. 492), i citati decreti, tra le altre cose, appaiono piuttosto evanescenti nel perimetrare in maniera capillare e precisa la concreta attuazione delle disposizioni più impattanti e limitative contenute nei d.p.c.m. attuativi, non si vede, allora, quale sede migliore del giudizio di costituzionalità possa esservi per una eventuale presa di posizione da parte della Consulta.

A deporre in tal senso pare potersi aggiungere la considerazione, ulteriore, per cui, rispetto ai decreti-legge di cui si discute, come è stato osservato in dottrina “l’interrogativo iniziale e prioritario deve appuntarsi sull’esistenza o meno di una legittimazione costituzionale di atti normativi sub-primari derogatori di norme primarie”⁵¹.

Si tratta, cioè, in altri termini, di capire se vi sia un fondamento costituzionale che possa giustificare la “delega” che in tali decreti-legge è contenuta al fine di legittimare l’adozione di d.p.c.m., atti di natura sostanzialmente amministrativa⁵², per la limitazione delle libertà dei cittadini, a tutela del diritto alla salute.

Ancora, a parere dell’Autore, “La seconda considerazione è che questa linea di tendenza trova una sua specifica ragion d’essere nel rilievo che i fenomeni di incostituzionalità diffusa che si manifestano in tema di fonti sono il frutto, come ben noto, di altrettante deformazioni o alterazioni di funzionamento della forma di governo parlamentare. Per tale motivo anche gli organi costituzionali che sarebbero legittimati a farli valere, spesso, non hanno interesse politico a farlo. Rispetto a tale tipo di questioni, dunque, come emerge dal fatto che quello di cui si discute è il primo precedente in cui un parlamentare censura la violazione delle sue attribuzioni nel procedimento legislativo svolto nella Camera di appartenenza (v. Corte cost. ord. 277/17 e 181/2018), il conflitto interorganico si appalesa storicamente un rimedio poco efficace, essenzialmente perché nonostante le ben note aberrazioni della prassi parlamentare, ad oggi, i parlamentari non hanno guardato ad esso come rimedio costituzionale effettivo”. Anche tale riflessione pare potersi attingere al caso in discussione. Nonostante, infatti, l’apertura che la Corte ha compiuto nelle [ordinanze nn. 66 e 67](#) a una possibile legittimazione al conflitto del *plenum* dei due rami del Parlamento, è altamente improbabile, anche e soprattutto per motivazioni di stampo politico, che una delle due Camere possa sollevare conflitto. Per cui, se l’iniziativa – come è avvenuto – viene lasciata ai singoli parlamentari, l’esito – come visto – è quello dell’inammissibilità dell’iniziativa intrapresa, con conseguente impercorribilità del conflitto che, per tal via, si rivela, come l’Autore evidenzia, un rimedio costituzionale di fatto non effettivo.

Da ultimo, viene pure evidenziato che “In terzo luogo, si può osservare che, da un lato, la logica incidentale, dall’altro, l’evoluzione in senso sempre più contromaggioritario del giudizio in via principale, che si atteggia sempre meno come dimensionamento arbitrario delle sfere di competenza legislativa di Stato e Regioni (come dimostra, ad esempio, la giurisprudenza sulla c.d. “ridondanza”) fanno sì che il controllo di costituzionalità sulle leggi, nelle sue due forme di accesso, si presti meglio del conflitto di attribuzioni – che risponde ad una logica più propriamente impugnatoria, quindi, più rigida – ad adattare alle esigenze del caso concreto l’interpretazione delle categorie processuali, in particolar modo quelle dell’ammissibilità soggettiva e oggettiva”. Nel caso delle [ordinanze nn. 66 e 67](#), trattandosi di conflitto, i ricorrenti avevano richiesto anche l’annullamento dei decreti-legge impugnati, il quale, se dichiarato *tout court* dalla Corte, avrebbe avuto l’effetto dirompente di far improvvisamente venir meno il presupposto legittimante tutti i d.p.c.m. con cui, nel tempo, per fini di salute pubblica, sono stati ampiamente limitati i diritti fondamentali dei cittadini. Anche sotto tale profilo, dunque, risulterebbe certamente più consona una pronuncia che fosse eventualmente resa in sede di giudizio di costituzionalità, nell’ambito del quale la Corte ha già mostrato di saper variamente modulare gli effetti delle proprie pronunce, al fine di evitare il prodursi di situazioni come quella appena descritta.

⁵¹ Così, M. LUCIANI, *Ibid*, in part. 3.

⁵² Sulla natura dei d.p.c.m. come provvedimenti amministrativi – oltre a quanto già detto *supra*, sub nota 39, a proposito degli orientamenti espressi in dottrina in ordine alla relativa natura giuridica – si veda L. A. MAZZAROLI, «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, secondo cui si tratta di atti rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 7 c.p.a., “posto che non sono atti emanati dal Governo, ma dal Presidente del Consiglio che, da solo, non esercita il potere politico in una forma di governo parlamentare com’è la nostra”.

Sul possesso, da parte di tali provvedimenti, delle peculiarità distintive delle ordinanze *extra ordinem* si vedano, invece, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in [Il diritto pubblico della pandemia](#), in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, Genova, 2010, II, 9; M. CAVINO, *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio Emergenza Covid-19; E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell’emergenza virale da Coronavirus*, in [BioDiritto](#), 18 marzo 2020. *Contra*, cfr. A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in [Rivista AIC](#), 2/2020.

Di recente, la peculiarità di tale fonte è stata evidenziata anche dal giudice amministrativo, adito proprio in relazione a uno dei d.p.c.m. adottati per fronteggiare il periodo emergenziale. Infatti, si legge, nell’ambito di [TAR Lazio, Roma, sez. I quater, 22 luglio 2020, n. 8615](#) che i d.p.c.m. sono “privi del requisito dell’astrattezza e della capacità di innovare l’ordinamento giuridico.

Né può ritenersi, comunque, che si tratti di atti amministrativi generali”, e ciò perché ne “va evidenziata la peculiare atipicità, che si connota da un lato per caratteristiche ben più assonanti con le ordinanze contingibili e urgenti (quali, ad esempio, gli stessi interventi di profilassi igienico-sanitaria a contenuto generale attuabili con

Stando così stanno le cose, in secondo piano le questioni formali, sono quelle sostanziali, di merito, a venire in considerazione.

In tale prospettiva, non pare esservi sede migliore, per l'appunto, del giudizio sulle leggi⁵³.

Conclusivamente, dunque, si è dell'avviso per cui in relazione ai vari decreti Covid-19, l'alveo di sbocco migliore, maggiormente perfezionato, per un'analisi di presupposti e contenuto, sia rappresentato dal giudizio di costituzionalità, più che dal conflitto tra poteri.

Anche sotto tale profilo, pare, quindi, trovare conferma quanto già evidenziato in merito alla non impossibile previsione dell'esito dei conflitti in commento.

6. La rimarcata tendenza agli "sconfinamenti nel merito".

Un ultimo aspetto da mettere in evidenza, e che fa riflettere dalla lettura delle [ordinanze n. 66 e n. 67](#), è rappresentato dalla riconfermata tendenza della Corte a "sconfinare nel merito" del conflitto sollevato, al fine di dichiararne l'inammissibilità⁵⁴.

Per meglio comprendere l'assunto, è opportuno chiarire quanto segue e operare un piccolo passo indietro.

Nella attività volta a verificare l'esistenza della "materia del conflitto", è capitato che il giudice costituzionale finisse per operare considerazioni afferenti al merito del conflitto sollevato.

Che la Corte abbia questa tendenza è, invero, risaputo e vieppiù riconosciuto dal medesimo giudice dei conflitti.

Con la [sentenza n. 116 del 2003](#), infatti, la Consulta ha ammesso come "Il legislatore del 1953 ha dunque conferito alla Corte costituzionale, in sede di deliberazione sull'esistenza della "materia di un conflitto", un potere molto ampio di individuazione dei profili soggettivi e di qualificazione del *thema decidendum* del conflitto, tale addirittura da rischiare talvolta di investire gli aspetti di merito della questione"⁵⁵.

decreto del ministro della sanità, in quanto si tratta di provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali tout court, consentono di derogare all'ordinamento giuridico anche imponendo, come nel caso in esame, obblighi di fare e di non fare (caratteristica questa che differenzia nettamente dagli atti amministrativi generali le ordinanze contingibili e urgenti, la cui giustificazione si rinviene nell'esigenza di apprestare alla pubblica utilità adeguati strumenti per fronteggiare il verificarsi di situazioni caratterizzate da eccezionale urgenza, tali da non consentire l'utile e tempestivo ricorso alle alternative ordinarie offerte dall'ordinamento), ma dalle quali si differenziano per la carenza del presupposto della "contingibilità", atteso che i Dd.p.c.m. in questione riproducono contenuti già dettagliatamente evidenziati nei DD.LL. attributivi del potere presupposti. La possibilità di utilizzo, in via del tutto residuale, di tale strumento, recando con sé l'inevitabile compressione di diritti ed interessi privati con mezzi diversi da quelli aventi un contenuto tipico e indicati dalla legge, impone il rigoroso rispetto di precisi presupposti, la cui ricorrenza l'Amministrazione è tenuta ad appurare attraverso un'accurata istruttoria, nel rispetto dei limiti di carattere sostanziale e procedurale, non giustificandosi, altrimenti, la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi".

⁵³ In questa prospettiva, anche G.L. CONTI, *Corte costituzionale e prerogative del Parlamento*, cit., 19, ricorda che il giudizio incidentale sulle leggi rappresenta il luogo più opportuno per decidere sulla legittimità di un atto normativo, secondo uno schema risalente, affermato sin dalla [sentenza n. 406 del 1989](#), per cui la costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge deve essere verificata nel loro impatto sociale, ossia nella loro concreta incidenza sugli interessi reali.

⁵⁴ L'espressione è mutuata da M. CECCHETTI, *Problemi dell'accesso*, cit., 376.

⁵⁵ Cfr. C. cost, [sentenza n. 116 del 2003](#), pronuncia con la quale la Corte giunge ad affermare la possibilità, già in sede di valutazione dell'ammissibilità, o meno, del conflitto, di toccare aspetti propri della fase di merito, anche in virtù della valorizzazione dei lavori preparatori della l. n. 87 del 1953: "... come potrebbe anche lasciare supporre la reiezione -nel corso dei lavori parlamentari sulla legge n. 87 del 1953- dell'emendamento dei senatori Mastino e Oggiano diretto appunto a limitare l'esame della Corte, in sede di ammissibilità, alle sole condizioni e forme del ricorso (I legislatura, Atti Senato 12 marzo 1949)" (cfr. punto n. 4 del *Considerato in diritto*). Come si specifica in L. MEZZETTI – M. BELLETTI – E. D'ORLANDO – E. FERIOLI, *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, 484, del resto, l'ammissibilità deve intendersi in senso ampio, comprendente non solo le questioni meramente procedurali (come la sussistenza della legittimazione e dell'interesse), ma anche questioni di merito in senso proprio.

Ebbene, il punto da evidenziare è che l'inaugurazione della "stagione" dei conflitti sollevati dai parlamentari *uti singuli*, avvenuta con la tanto citata [ordinanza n. 17 del 2019](#), ha reso ancor più frequente la prassi in questione.

Del resto, come si può valutare il grado di rilevanza delle violazioni delle prerogative lamentate dai parlamentari, se non scrutinandole nel merito?⁵⁶

Ciò che, a ben vedere, è, infatti, avvenuto anche nei casi risolti dalle [ordinanze nn. 66 e 67 del 2021](#), in cui la Corte – si è visto – ha escluso l'intervenuta integrazione della famosa soglia di evidenza spendendo considerazioni di merito, legate all'intervenuta partecipazione dei parlamentari ricorrenti alle sedute della Camera deputate alla conversione in legge dei decreti impugnati.

L'aspetto non è di poco conto. Tutt'altro.

Chi scrive, infatti, è, persuaso che, a rigor di logica, difettando ogni seppur minima esplicitazione di un contraddittorio tra le parti, la Corte dovrebbe astenersi dall'operare, già in sede liminare, valutazioni afferenti al merito della controversia, indipendentemente dal fatto che la decisione finale sia nel senso dell'ammissibilità del conflitto, ovvero, nel senso, opposto, dell'inammissibilità⁵⁷.

Praticamente, però, come detto, e tanto più a seguito dell'apertura alla legittimazione al conflitto anche dei singoli membri delle Camere, accade molto spesso che la Corte, per contro, già in sede di scrutinio dell'ammissibilità del conflitto, operi considerazioni di merito⁵⁸, circostanza, questa, che ha indotto la dottrina a tacciare di particolare "gravità" il ricordato elemento dell'esclusione del contraddittorio⁵⁹.

Ebbene, dovendo far fronte a tale dato, come detto confermato anche dalle ordinanze in questa sede in commento, ad avviso chi scrive è allora divenuta ancor più pressante l'esigenza di fissare un limite a simili "sconfinamenti" nel merito della Corte, se non altro per evitare il concretizzarsi dei rischi, già paventati dalla dottrina, di delegittimazione dell'organo a causa di eccessive sovraesposizioni di carattere politico⁶⁰.

Insomma, sarebbe opportuno fissare delle "colonne d'Ercole" al di là delle quali evitare di spingersi.

⁵⁶ L'aspetto è stato, ovviamente, considerato in dottrina. Basti ricordare, a titolo esemplificativo, quanto mette in evidenza L. DI MAJO, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, cit., 8 sul nesso funzionale che deve sussistere, nella prospettiva inaugurata dall'[ordinanza n. 17 del 2019](#), tra ammissibilità e fondatezza del ricorso. Si tratta di un giudizio che secondo G. DI COSIMO, *Chi e come può difendere il ruolo del Parlamento? Una decisione della Corte costituzionale su cui riflettere*, in [www.lacostituzione.info](#), 10 febbraio 2019, oltre a essere opinabile, rischia pericolosamente di sovrapporsi a quello sul merito del ricorso, con la conseguenza di anticipare il giudizio di merito al momento della valutazione dell'ammissibilità del conflitto.

⁵⁷ Nel primo caso, perché indicazioni sul merito contenute nell'ordinanza liminare finiscono inevitabilmente per condizionare la futura decisione di merito, veicolandola nel senso preannunciato all'esito del controllo di ammissibilità, quando non può escludersi che la Corte possa mutare il proprio indirizzo. Ciò che, in presenza di precedenti indicazioni di segno opposto risulta, quantomeno, più difficoltoso. Nel secondo caso, invece, ovviamente per l'esigenza di garantire il rispetto del principio di difesa sancito dall'art. 24 Cost, che impone che a ciascuna parte del giudizio sia data l'opportunità di poter sostenere la propria posizione prima dell'adozione della decisione giudiziale.

⁵⁸ In tal senso, D. FLORENZANO, *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Fonti normative. Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Trento, 1994, 153 ss. e 165 ss., ricorda i primi casi in cui la Corte, pur dichiarando l'inammissibilità del conflitto, ha finito per introdurre, nella relativa ordinanza, valutazioni attinenti al merito della controversia. Ma, in tal senso, possono ricordarsi, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, anche i casi più recenti delle [ordinanze nn. 131, 132 e 172 del 1997](#), [359 e 398 del 1999](#), [188 e 404 del 2005](#), [38 del 2008](#), e, ovviamente, [17 del 2019](#).

⁵⁹ Cfr. M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, II, Milano, 1972, 146, nonché ID, *Il procedimento e la decisione sui conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, 1822.

⁶⁰ In tal senso, cfr., ad esempio, L. MEZZETTI – M. BELLETTI – E. D'ORLANDO – E. FERIOLE, *La giustizia*, cit., 495, ove si afferma che la giurisprudenza costituzionale sui conflitti interorganici sconta in modo evidente, soprattutto in fasi storiche di intensa contrapposizione politica – quale, si aggiunga, quella che attualmente caratterizza il quadro istituzionale – i limiti propri di ogni rimedio giuridico, e giurisdizionale soprattutto, destinato a risolvere questioni (anche) politiche, ossia la difficoltà di marcare in modo chiaro il confine tra il giudizio di legittimità e quello di merito, e quindi di "legittimare lo stesso operato della Corte".

Per chiarire l'assunto, occorre comunque muovere dalla considerazione per cui non tutti gli "sconfinamenti" sembrano di egual tenore.

A riprova, basta porre a confronto i casi rappresentati dalle [ordinanze n. 298 del 1999](#) e, per l'appunto, [n. 17 del 2019](#).

Nel primo caso, infatti, il travalicamento nel merito della questione sollevata, a ben vedere, finisce per celare una declaratoria di manifesta inammissibilità del conflitto, configurandosi, pertanto, come attività meramente strumentale a evitare l'instaurazione del giudizio di merito in relazione a una controversia priva del necessario tono costituzionale.

Secondo la Corte, infatti, in quel caso, l'art. 69, co. 3, del d.lgs. n. 29 del 1993 e l'art. 412 bis, co. 3, c.p.c., come modificati dall'art. 19 del d.lgs. n. 387 del 1998 – ossia le norme sulle quali si erano appuntate le doglianze di parte ricorrente – "sono palesemente inidonei per il loro contenuto a ledere la sfera delle attribuzioni costituzionali del giudice, recando una disciplina che riguarda unicamente le modalità di esercizio dell'azione e, dunque, interessando solo il diritto di difesa delle parti"⁶¹.

Non così avviene, invece, nel caso dell'[ordinanza n. 17 del 2019](#), in cui – come già ricordato –, risolta in modo parzialmente positivo la verifica attinente alla sussistenza dei requisiti soggettivi di ammissibilità del conflitto⁶², la Corte giunge finanche a riconoscere, di fatto, l'esistenza di quelli oggettivi⁶³, ammettendo l'esistenza di un'effettiva lesione delle prerogative dei parlamentari ricorrenti, cui, però, viene negato l'accesso al giudizio di merito perché – afferma la Corte – ai fini dell'ammissibilità del conflitto, occorre che sia manifesto il carattere della menomazione della funzione costituzionalmente attribuita al ricorrente, cosa che nella fattispecie in questione non sarebbe stato possibile individuare⁶⁴.

In questo caso – come, peraltro, già evidenziato – può dirsi ragionevolmente esistente la sensazione che in tale circostanza la Corte abbia escogitato e fatto ricorso a un escamotage per evitare di portare avanti (anche temporalmente) fino al giudizio di merito una vicenda a elevata connotazione politica, preferendo definirla immediatamente e nel modo "più indolore" possibile, tanto che, tra le innumerevoli voci che si sono levate in dottrina, v'è stato anche chi ha parlato al

⁶¹ Il Pretore di Brescia, in funzione di giudice del lavoro, con ordinanza emessa al di fuori di un processo il 25 marzo 1999, aveva sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del Consiglio dei ministri, in relazione all'art. 69, comma 3, del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 ("Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'art. 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421"), come modificato dall'art. 19 del d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387 ("Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, e del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80"), nonché all'art. 412-bis, comma 3, c.p.c., come modificato dal comma 9 dello stesso art. 19 del d.lgs. n. 387 del 1998, i quali, là dove – a giudizio del ricorrente – condizionavano la stessa proponibilità (e non già, come prima di tali modifiche, la mera procedibilità) delle domande giudiziali in materia di lavoro al decorso del termine, rispettivamente, di novanta e sessanta giorni dalla data di proposizione del tentativo obbligatorio di conciliazione, con conseguente paventata lesione delle attribuzioni costituzionali di Pretore in funzione di giudice del lavoro, finivano per frapporre un ostacolo temporale all'esercizio del diritto dell'interessato, rendendo quindi disagiata la tutela giurisdizionale.

⁶² La Corte, infatti, negata la legittimazione a ricorrere alla minoranza di un decimo dei componenti del Senato, "perché la quota di attribuzioni che la Costituzione conferisce a una tale frazione del corpo dei parlamentari riguarda ambiti diversi da quelli oggetto del presente conflitto" e al "«Gruppo parlamentare "Partito democratico"» per l'assorbente ragione che manca, nel ricorso in esame, la necessaria indicazione delle modalità con le quali il gruppo parlamentare avrebbe deliberato di proporre conflitto davanti alla Corte costituzionale", giunge a riconoscere sussistente la legittimazione attiva del singolo parlamentare.

⁶³ Cfr. § 4.2 del *Considerato in diritto*: "Non v'è dubbio che le carenze lamentate dal ricorso abbiano determinato una compressione dell'esame parlamentare". Come già sottolineato, era, del resto, impossibile negare che, in quel caso, l'approvazione della legge di bilancio 2019 fosse stata caratterizzata da una inedita "contrazione dei lavori" parlamentari.

⁶⁴ Come evidenzia C. MASCIOTTA, *Il nuovo limite delle "violazioni manifeste" nel conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, cit., 8, è proprio nel momento in cui riconosce la sussistenza di violazione alle prerogative dei parlamentari ricorrenti che la Corte "trasforma il giudizio sull'ammissibilità del conflitto da fase di deliberazione sommaria a vero e proprio giudizio di merito ed è questo, a parere di chi scrive, l'elemento qualificante, tanto innovativo quanto problematico della decisione".

riguardo di “occasione persa” dalla Corte⁶⁵ per chiarire definitivamente questioni che, invece, sono state volutamente lasciate in sospenso⁶⁶.

Ciò in disparte, per quel che in questa sede interessa maggiormente sottolineare di tale vicenda, l'impressione che si ricava è che, nel caso in questione, lo “sconfinamento” nel merito della vicenda, realizzatosi già in fase di ammissibilità del conflitto, possa ragionevolmente definirsi “allarmante”.

Allarmante al punto che la Corte, in chiusura, inserisce nell'ordinanza di inammissibilità, addirittura, un monito per il Parlamento⁶⁷ (“nondimeno, in altre situazioni una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe portare a esiti differenti”), con ciò, di fatto, confermando l'effettiva esistenza di una lesione delle prerogative dei ricorrenti, cui tuttavia omette di porre rimedio.

È proprio in considerazione di pronunce di tal fatta, ossia di pronunce come l'[ordinanza n. 17 del 2019](#), ma anche come le successive [ordinanze nn. 60 del 2020](#) e, da ultimo, [66](#) e [67 del 2021](#) (che della prima altro non sono che la naturale conseguenza), che sarebbe opportuno introdurre dei limiti, o che la Corte stessa decida autonomamente di imporli, al fine di evitare che il giudizio di merito retroceda stabilmente nell'ambito della fase di ammissibilità.

Simili invasioni di campo (che poi la Corte compie nei propri riguardi, in quanto giudice anche del merito dei conflitti costituzionali) dovrebbero, infatti, essere evitate, soprattutto nell'ottica di scongiurare il pericolo, già segnalato da taluno in dottrina, che le regole del gioco vengano a essere impercettibilmente trasformate nelle regole del giudice di gara, e che, quindi, il gioco stesso si trasformi “nel gioco della discrezionalità dell'arbitro”⁶⁸.

Anche perché, a ben vedere, ogni valutazione di merito contenuta nelle ordinanze liminari finisce per dar luogo a un utilizzo anomalo e sicuramente inappropriato di una categoria giuridica,

⁶⁵ Cfr. S. CURRERI, *L'occasione persa*, cit., 3, il quale mette in evidenza come con tale ordinanza, di fronte a una così patente e grave violazione dell'esame di merito in commissione e in Aula della legge di bilancio, la Corte costituzionale, invece che procedere – come ci si sarebbe atteso e come richiesto dal ricorso – all'interpretazione dell'art. 72 Cost. per verificare se nel caso specifico ne fosse stato violato il contenuto minimo essenziale “diretto ed espresso” sul procedimento legislativo, ovvero a connettere il rispetto di tali garanzie procedurali con la tutela delle attribuzioni costituzionali del singolo parlamentare e con l'esercizio delle sue funzioni in forza dell'art. 67 Cost., ha volutamente derubricato la fattispecie a mera controversia regolamentare (profilo invece strategicamente omesso nel ricorso), priva di qualsiasi rilievo costituzionale, addentrandosi in una parziale, e perciò opinabile, ricostruzione della vicenda con l'evidente intento di dare maggior peso agli elementi che possano giustificare retroattivamente quanto accaduto.

⁶⁶ Analoga situazione, ancorché dal carattere meno evidente del precedente rappresentato dall'[ordinanza n. 17 del 2019](#), si è verificata anche con l'[ordinanza n. 60 del 2020](#). Anche in questo caso – come già visto *supra*, sub nota n. 30 – infatti, per pervenire alla declaratoria di inammissibilità, la Corte passa a valutare le circostanze specifiche relative all'approvazione della legge n. 160 del 2019, entrando dunque nel merito della vicenda portata alla propria attenzione e giungendo ad affermare “che, in conclusione, 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”. Come rileva R. DICKMANN, *Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione*, cit., 96, “la Corte, pur rilevando nello svolgimento del procedimento di esame del disegno della Legge annuale di bilancio 2020-2022 una serie di “deformazioni e dilatazioni” (che passa in accurata rassegna), non le ritiene, “di per sé e prima facie” espressione di violazioni lesive di attribuzioni parlamentari in ragione del bilanciamento dei valori evidenziati raggiunto in concreto in quel procedimento, escludendo conseguentemente l'ammissibilità dei ricorsi per conflitto di attribuzione ad essa presentati”. La Corte, dunque, come nel caso dell'[ordinanza n. 17 del 2019](#), nuovamente giunge nella sostanza a riconoscere sussistenti le violazioni di cui si dolgono i parlamentari ricorrenti, di cui, però, anche in questo caso, nega il carattere manifesto, per tal via sbarrando la strada all'accesso allo scrutinio di merito del conflitto, con una pronuncia che, data l'articolazione e precisione dei rilievi contenuti, risulta maggiormente confacente a una valutazione a cognizione piena, più che sommaria.

⁶⁷ Su di esso si sofferma con particolare attenzione G. PISTORIO, *Fiat iustitia ne pereat mundus. Un monito ultimativo sull'abuso del ricorso ai maxi-emendamenti con questione di fiducia. Nota all'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Diritto e Società*, 1/2019, 135 ss.

⁶⁸ Così, A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale nel conflitto tra poteri*, in *Giur. cost.*, 1986, 793, che, sul punto, rinvia a H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it, Torino, 1965, 166 ss. Secondo l'Autore il rischio paventato è evidente “particolarmente in questo tipo di giudizio”.

quella dell'inammissibilità, che, per contro, attiene esclusivamente all'assenza dei requisiti di procedibilità dell'azione.

Utilizzo che, per quanto sopra – ed è questo il punto –, pare essersi concretato anche nel caso di specie, come logico corollario della statuizione resa dalla Corte nel famoso precedente del 2019, i cui rischi, collegati a possibili “deliri di onnipotenza” erano già stati ampiamente e avvedutamente evidenziati dai commentatori della pronuncia de qua⁶⁹.

7. *Le questioni non esaminate.*

Da ultimo, è d'interesse sottolineare come nelle pronunce in commento la Corte, illustrate le argomentazioni “di merito” legate all'inesistenza delle violazioni manifeste delle prerogative proprie dei ricorrenti, la Corte abbia, infine, affermato come “queste assorbenti ragioni dispensano dall'esame di altri aspetti del conflitto, relativi, in particolare, all'esatta individuazione degli atti asseritamente lesivi delle attribuzioni del singolo parlamentare ed alla configurabilità, quale potere dello Stato, del solo Presidente del Consiglio dei ministri, indicato nel ricorso quale legittimato passivo anche in proprio”⁷⁰.

È, in particolare, curioso osservare come la Consulta abbia messo in dubbio che il Presidente del Consiglio integri effettivamente un potere dello Stato abilitato, in quanto tale, a sollevare conflitti costituzionali e/o a esserne parte resistente.

Ora, fermo restando che l'indicazione del ricorrente risulta meramente indicativa, in quanto – allo stato attuale delle cose – è compito della Corte procedere all'individuazione dei necessari contraddittori del potere ricorrente⁷¹, in ogni caso, a parere di chi scrive, la questione della legittimazione del Premier avrebbe comunque dovuto essere risolta positivamente.

⁶⁹ In tal senso, limpide sono, al riguardo, le parole di F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale*:, cit., 5-6, secondo cui “*la stessa credibilità della Corte viene messa a dura prova, se è vero che la legittimazione di un giudice non elettivo (ma professionale) sta fondamentalmente nel rigoroso rispetto delle regole processuali ed in particolare di quelle che assicurano il rispetto del contraddittorio e dei diritti della difesa. Utilizzare la procedura dell'ammissibilità per emettere un giudizio di merito – per di più inappellabile – significa aprire la strada all'onnipotenza di una Corte che non risponde a nessuno dei propri (possibili) errori*”.

⁷⁰ L'inciso è tratto in particolare dall'[ordinanza n. 66 del 2021](#). Nell'[ordinanza n. 67 del 2021](#), è leggermente differente. Ivi, infatti, avendo la deputata Cunial sollevato conflitto non nei confronti del Presidente del Consiglio, bensì delle due Camere e, all'occorrenza, del Governo, la Corte afferma “*che, infine, queste assorbenti ragioni dispensano dall'esame di altri aspetti del conflitto, relativi, in particolare, all'esatta individuazione degli atti asseritamente lesivi delle attribuzioni del singolo parlamentare ed alla proponibilità del conflitto nei confronti anche del Senato della Repubblica, organo al quale non appartiene la parlamentare ricorrente*”.

⁷¹ Come, del resto, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto nell'ambito della [sentenza n. 420 del 1995](#), con cui per la prima volta è stata affermata espressamente la regola per cui “*spetta a questa corte, al di là della formale indicazione del ricorrente, l'identificazione dell'organo interessato cui l'atto asseritamente lesivo va imputato ed al quale, quindi il ricorso deve essere notificato*”

Secondo D. FLORENZANO, *L'art. 37, comma 4 l. n. 87 del 1953 e l'obbligo della corte di individuare gli organi «interessati» al giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato*, in *Foro it*, 1997, I, 1724 ss., sono molteplici le ragioni a sostegno della ritenuta sussistenza di tale funzione in capo alla Corte. Innanzitutto, il significato ricavabile dall'art. 37, comma 4, della l. n. 87 del 1953, dal quale si ricaverebbe che l'atto di “disposizione” segue a un'attività di individuazione che deve essere svolta dalla Corte, e nell'ambito del quale la stessa dizione di “organi interessati”, potendo legittimamente comprendere anche soggetti/organi comunque “interessati” e, quindi, diversi dall'organo che ha compiuto l'atto lesivo/invasivo, sembrerebbe presupporre pure uno specifico compito del giudice, posto che l'individuazione di soggetti meramente “interessati” non potrebbe essere addossata (esclusivamente) al ricorrente. Vi sarebbe poi anche un altro ordine di ragioni a conferma dell'impostazione *de qua*, legato all'inesistenza, nel primo segmento del giudizio, di un obbligo del ricorrente di evocare in giudizio i soggetti interessati alla controversia e comunque al fatto che il potere/dovere in questione apparrebbe adeguato e consequenziale al ruolo che le disposizioni hanno assegnato alla Corte costituzionale nei giudizi sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, in particolare alla funzione di “chiarire” quali debbano essere i conflitti giustiziabili e soprattutto chi debbano essere i “poteri” dello Stato e quindi le “parti” del giudizio. Infine, secondo l'Autore, si deve pure constatare come il riconoscimento dell'esistenza di un dovere di collaborazione della Corte comporti un'apprezzabile e utile attenuazione del rigore formale nella valutazione di ammissibilità, da un lato, sollevando il ricorrente da un onere che è particolarmente

In tal senso, invero, per quanto la giurisprudenza in materia sia piuttosto ondivaga, un utile appiglio può comunque rinvenirsi nell'ambito dell'[ordinanza n. 40 del 2015](#), ove, in relazione al conflitto sollevato proprio dal Presidente del Consiglio nella nota vicenda relativa alla richiesta avanzata dall'Unione degli atei e degli agnostici razionalisti (U.A.A.R.) al Governo di avviare trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa ai sensi dell'art. 8, co. 3, Cost., la Corte ha evidenziato che "sotto il profilo soggettivo, il Presidente del Consiglio dei ministri, sia in proprio sia in rappresentanza del Consiglio dei ministri, è legittimato a promuovere il presente conflitto in quanto organo competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene in ordine alla stipula delle intese con le confessioni religiose diverse da quella cattolica, ai sensi dell'art. 8, comma 3, della Costituzione".

In quel caso, dunque, è stata espressamente riconosciuta la legittimazione in sede di conflitto interorganico del Presidente del Consiglio, sia in proprio, che in rappresentanza del Consiglio dei Ministri.

Per cui, su questa base e considerato che, in relazione all'emergenza Covid-19, il Presidente può ritenersi l'organo competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene in ordine alla adozione dei vari d.p.c.m. regolanti la limitazione delle libertà fondamentali dei cittadini, in forza della delega contenuta nei decreti-legge adottati dal Governo, si è dell'avviso che anche nel caso di specie sarebbe stato possibile pervenire a conclusioni analoghe al richiamato precedente del 2015.

Ad ogni modo, sempre in relazione alle questioni non esaminate, è, altresì, d'interesse evidenziare come la Corte non abbia preso posizione sulla richiesta dei ricorrenti di auto-sollevare dinanzi a sé la questione di legittimità costituzionale dei decreti-legge in materia di Covid-19.

La questione è stata, evidentemente, assorbita nella declaratoria di inammissibilità dei conflitti.

Tuttavia, sembra alquanto emblematico che la Corte non abbia speso neppure una riga sul punto, quasi a voler in tal modo rimarcare, con ciò, la propria totale preclusione a fare questione, quantomeno in sede di conflitto, della legittimità dei provvedimenti in questione.

8. *Brevi considerazioni conclusive.*

Pur non essendosi riconosciuta alcuna violazione certa delle prerogative dei parlamentari ricorrenti (come nel caso dell'[ordinanza n. 17 del 2019](#)), al di là di tutti gli aspetti più sopra considerati, sembra potersi dire che con le [ordinanze nn. 66](#) e [67](#) la Corte abbia, di fatto, scelto di "spalleggiare" il Governo, evitando di prendere posizione (almeno, in sede di conflitto) sulla

gravoso, almeno nei casi in cui l'individuazione del convenuto e dei soggetti "interessati" è obiettivamente problematica, dall'altro, escludendo che possano esservi declaratorie di inammissibilità fondate sulla constatazione di omesse o errate indicazioni da parte del ricorrente circa l'organo "interessato" da evocare.

Per completezza, occorre ricordare come in dottrina la sussistenza di tale potere in capo alla Corte era già stata prefigurata in dottrina da M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione*, cit., 120, secondo cui "L'individuazione degli organi interessati, cui il ricorso deve essere notificato – e quindi dei poteri che, oltre l'attore, saranno parti nel conflitto –, deve essere operata dalla stessa corte costituzionale, che dovrà, a tal fine, fondarsi, sulle « ragioni del conflitto » che, secondo l'art. 26 delle norme integrative, debbono essere sommariamente esposte nel ricorso con cui esso viene sollevato, nonché sulle norme costituzionali invocate", nonché da A. PACE, *Strumenti e tecniche di giudizio*, cit., 799, il quale chiariva che "nel giudizio davanti alla Corte per conflitto di attribuzione tra poteri, l'indicazione degli organi a cui deve essere notificato il ricorso, al fine dell'istaurazione della seconda fase del giudizio, deve essere effettuata dalla stessa Corte".

Cfr, nello stesso senso, anche S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Dig. discipl. pubbl.*, Torino, 1989, 385; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano, 1992, 363; A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, cit., 386, per cui la determinazione degli organi "rappresenta il risultato di una serie di operazioni interpretative talora assai complesse che si presentano inevitabilmente aperte a risultati differenti. Di conseguenza, non potendo far funzionare il principio della tassatività delle parti attraverso la determinatezza della formula che le indica, il legislatore ha supplito affidando alla Corte, in sede di giudizio di ammissibilità, il compito di stabilire a chi debba essere notificato il ricorso".

peculiarità della coppia di atti (decreto-legge e d.p.c.m.) prescelta dall'esecutivo per gestire l'emergenza Covid-19.

È fin troppo noto il dibattito sorto in dottrina a proposito del rapporto formale tra fonti del diritto legato ai provvedimenti emergenziali adottati dal Governo, tanto che, come evidenziato, in materia, “Si è evocato lo Stato di eccezione”; si sono fatti paragoni con la “dittatura cui i romani facevano ricorso in situazioni di pericolo per la Repubblica”, si è scritto “non siamo in guerra (o invece sì?) e via drammatizzando”⁷².

Così come notoria è pure la discussione circa i rischi legati alla scelta di affrontare l'emergenza “a colpi” di d.p.c.m., con connesso svuotamento delle libertà costituzionali dei cittadini⁷³ e instaurazione di quello che è stato definito un “dominio sanitario”⁷⁴.

Ora, nonostante – bisogna ammettere – qualche profilo di criticità sia innegabile dal punto di vista delle fonti, soprattutto in considerazione della durata, oramai superiore a un anno, della emergenza sanitaria, che di fatto ha trasformato la crisi dovuta alla diffusione del virus una situazione, purtroppo, ordinaria, nella quale, venuto meno il carattere straordinario della situazione, la fonte normativa di riferimento dovrebbe essere individuata nella legge ordinaria adottata dal Parlamento e non più negli atti aventi forza di legge del decreto, la scelta della Consulta di dichiarare l'inammissibilità dei conflitti decisi con le [ordinanze nn. 66 e 67](#) appare in un certo qual modo conservativa.

Decidendo di non deciderli nel merito, infatti, il giudice costituzionale, almeno per il momento, ha (politicamente) inteso preservare la stabilità di un sistema già ampiamente sotto stress da tutti i punti di vista (normativo, economico, ecc.).

Forse la scelta migliore, nonostante tutto, in questo momento storico.

Essa non va comunque letta nel senso dell'abdicazione da parte della Corte del proprio ruolo: non è detto, infatti, che in futuro, in altra sede, il giudice costituzionale non possa essere chiamato a pronunciarsi sulla legittimità dei vari decreti e d.p.c.m.

La “resa dei conti” potrebbe essere solamente rimandata.

⁷² Così, al fine di sostenere una tesi contrapposta, ricorda M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., richiamando sul punto il pensiero di A. VENANZONI, *L'innominabile attuale*, cit., D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in [Astrid Rassegna](#), n. 5/2020, 2; C. ZUCHELLI, *Lo “stato di eccezione” e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, in [IlDubbio](#), 4 aprile 2020; G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1/2020, I; M. OLIVETTI, *Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in [Avvenire](#), 11 marzo 2020; M. AINIS, *Il bisticcio del potere*, in [la Repubblica](#), 3 marzo 2020.

⁷³ Così, G. GUZZETTA, *Le bugie di Conte Orwell: il Parlamento ridotto a barboncino del capo*, in *Il Riformista*, 12 maggio 2020; ID, *Covid: Parlamento a bagnomaria, democrazia calpestata*, in *Il Riformista*, 14 ottobre 2020.

⁷⁴ Cfr. M. RECALCATI, *I paradossi della tirannia sanitaria*, in [La Stampa](#), 13 ottobre 2020.

Andrea Morrone

Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'[ord. n. 97 del 2021](#) sull'ergastolo ostativo*

Abstract: *The paper examines the third order for postponement of the hearing by the Constitutional Court to give the legislator time to intervene, examining both the more general reasons for the Court's appeal to institutional collaboration, and the impact of the decision on the constitutional process itself.*

1. C'è da augurarsi che questa volta il legislatore voglia ascoltare l'invito della Corte costituzionale a intervenire. Innanzitutto, per risolvere la questione dell'ergastolo ostativo, anche perché i dubbi sulla legittimità del “fine pena mai” mettono in gioco un'esigenza cruciale per il nostro Paese, come la lunga, sofferta, incompiuta lotta alla criminalità mafiosa. C'è, tuttavia, un'altra questione, ancora più rilevante dal punto di vista dell'equilibrio tra i poteri, sottesa alla decisione e che la Corte costituzionale rivela apertamente chiedendo al legislatore una risposta adeguata. Questa terza ordinanza di rinvio dell'udienza di discussione (dopo il caso Cappato/Dj Fabo e quello concernente il cd. “carcere per i giornalisti”)¹ è un'accorata denuncia pubblica dei “limitati strumenti” di cui dispone il giudice delle leggi per svolgere la sua funzione *in linea* con la Costituzione scritta, con un parallelo appello al legislatore.

Il problema è sintetizzabile nelle ultime due righe di questa [ordinanza-sentenza](#): “Spetta in primo luogo al legislatore, infatti, ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata; mentre compito di questa Corte sarà quello di verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte”. La decisione, in altre parole, manifesta la palese criticità di un compito di custodia che, con le norme positive vigenti, non può essere svolto, se non a costo di un definitivo scambio di vesti tra la Corte e il legislatore, in linea con il *suprematismo giudiziario* che connota la giurisprudenza degli ultimi trent'anni².

2. In tutto il testo della motivazione in diritto il tono è, sorprendentemente, molto sobrio ed equilibrato. La Corte non afferma mai apertamente l'incostituzionalità della disposizione oggetto per violazione dell'art. 27 Cost., almeno non come aveva fatto il roboante comunicato stampa preventivo, poi corretto in quello contestuale³. E questo aspetto non è casuale. La *mitezza* che muove la penna del redattore è evidente in più passaggi e, financo, nelle singole parole utilizzate.

Ricostruendo l'orizzonte dei precedenti in cui la vicenda è collocata, infatti, il giudice delle leggi trae un *non univoco indirizzo* in materia di ergastolo ostativo, riconoscendo come, in passato, l'istituto era stato ritenuto compatibile con la Costituzione⁴. Ciò nonostante, si dice che, in altri precedenti⁵ si traggono le “premesse per una risposta diversa”. Questa, tuttavia, poggia su “argomenti”, piuttosto che su certezze adamantine, che possono portare a “negare la compatibilità con la Costituzione se ed in quanto essa risulti l'unica strada”. Il periodo ipotetico non è causale ma sintomatico. La presunzione sottesa alla disciplina positiva, del resto, “non è di per sé in tensione con i parametri” invocati: dato che “tale tensione” vi sarebbe, ancora una volta, “laddove sia stabilito che la

* *Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.*

¹ Cfr. Corte cost. [ord. n. 207/2018](#) e [sent. n. 242/2019](#).

² Ho ripreso il tema del suprematismo della Corte costituzionale in un mio recente saggio: cfr. A MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in [Federalismi.it](#), n. 12/2021, 170 ss.

³ “Ergastolo ostativo incompatibile con la costituzione” (15 aprile 2021); mentre nel comunicato contestuale al deposito della pronuncia scompare nel titolo qualsiasi riferimento all'incompatibilità, declassata, nel testo, in linea con la motivazione finalmente scritta, a “tensione” con il principio di rieducazione (11 maggio 2021). Siamo di fronte, ancora una volta, a un uso scorretto della comunicazione politica.

⁴ Cfr. [sent. n. 135 del 2003](#).

⁵ A partire dalla [sent. n. 306 del 1993](#) e, soprattutto, nella [sent. n. 253 del 2019](#).

collaborazione sia l'unica strada". Si parla di "tensione": parola utilizzata con molta consapevolezza, se viene ripetuta più volte, in luogo di concetti più consoni a un giudizio in cui è in gioco la legittimità di una disposizione legale.

Anche il carattere assoluto della presunzione viene addolcito senza essere colpito dallo stigma di un'incostituzionalità dichiarata apertamente. Nel caso di specie, se da un lato "la posta in gioco è ancora più radicale" e "la presunzione deve poter essere superata anche in base a fattori diversi", da altro lato, "tuttavia, tale presunzione permane", perché "le ragioni della generalizzazione" – ben note anche a Palazzo della Consulta – "sono di notevolissima importanza", "e non si sono affatto affievolite" nel corso del tempo. Da queste premesse, da cui si desume la non irragionevolezza delle scelte di politica criminale contro il fenomeno mafioso, e che lasciano in dubbio quale debba essere la sorte della disposizione censurata derivano, poi, un'ulteriore serie di cautele pratiche. Queste, in particolare, dovrebbero guidare le valutazioni del magistrato di sorveglianza di fronte a una presunzione che, solo in un passaggio secondario, viene detta "non più assoluta". Valutazioni da condurre sulla base di "criteri di particolare rigore", perché l'accesso alla libertà condizionale del condannato all'ergastolo per reati di contesto mafioso non potrebbe basarsi solo sulla "regolare condotta carceraria", o considerando la "mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione". E, infatti, servono ben "altri, congrui e specifici elementi tali da escludere, sia l'attualità di suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino". Del resto, sono "sospettati di illegittimità costituzionale" quelli che il giudice delle leggi qualifica come "aspetti centrali (...) apicali" della disciplina positiva, riconosciuta come un baluardo non rinunciabile per la lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Insomma, da queste pacate e misurate premesse deriva la manifesta volontà di escludere un "intervento meramente demolitorio" che avrebbe come conseguenza quella di "mettere a rischio il complessivo equilibrio della disciplina in esame, e, soprattutto, le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa". Ecco perché *la via maestra* non può che essere quella *legislativa*: la Corte con i suoi "limitati strumenti" finirebbe per compiere "tipiche scelte di politica criminale". Del resto, una "immediata dichiarazione di incostituzionalità" creerebbe disarmonie, come quelle che conseguirebbero all'ipotesi tracciata dal giudice *a quo*, che pensava possibile un intervento di ritaglio costruito sulla singola fattispecie. Come se, chiarisce la Corte costituzionale, una simile soluzione non avesse ricadute di sistema sull'art. 4-bis, creando un "disequilibrio" tra le ipotesi normative, che essa stessa non potrebbe perciò sciogliere da sola, con i poteri di cui dispone per legge.

3. Il rinvio dell'udienza di discussione, in un dispositivo diventato ormai rituale, lascia aperti molti interrogativi. Non è chiaro, anzitutto, se la presunzione assoluta sia illegittima in sé e per sé o in relazione a quegli stessi "argomenti" che, invero, paiono decisivi ma in senso contrario. Le aspettative sono andate deluse, del resto, proprio dal tenore della motivazione e dalle cautele che circondano questa materia di "notevolissima importanza". La Corte costituzionale dimostra, come non accadeva da tempo, di avere ben presente il *lato politico* della Costituzione: una decisione di accoglimento – qualunque forma assuma, poco importa – rappresenta uno scivolamento nelle scelte di politica criminale del Paese, un'incursione non consentita nella lotta contro le mafie, che richiede unità nazionale, inflessibilità d'azione e, soprattutto, la responsabilità di una decisione legislativa. Certo, vi sono le ragioni dell'art. 27 Cost. e gli algidi argomenti provenienti da Strasburgo, valorizzati proprio laddove rilevano un "problema strutturale" che richiede modifiche "di preferenza per iniziativa legislativa". Le vie della rieducazione, tuttavia, sono così ampie che pare davvero difficile possano essere tracciate mediante una decisione puntuale del giudice delle leggi. Tuttavia, ormai, al punto in cui è arrivata la creatività giurisprudenziale, siamo abituati anche ai più evidenti sconfinamenti nella politica criminale e nella costruzione per sentenza di fattispecie normative in materia penale. Per cui – ahinoi – non conviene farsi troppe illusioni. Decorsa inutilmente anche

questa ennesima messa in mora, la decisione di accoglimento potrebbe anche seguire, nonostante gli accorgimenti di questa pronuncia interlocutoria. Il problema sarà, come sempre, comprendere come il giudice delle leggi vorrà *cucire* una disciplina che oggi ritiene impossibile trascrivere “a rime obbligate” secondo la Costituzione scritta.

Dicevo in apertura che c'è da augurarsi che il legislatore non resti sordo a questo ennesimo appello alla collaborazione istituzionale⁶ per la risoluzione di almeno due problemi costituzionali non rinviabili e strettamente collegati. Il primo riguarda l'ergastolo ostativo per i reati di contesto mafioso. Nei confronti del legislatore, la decisione interlocutoria, per come è scritta e motivata, non sembra avere alcun valore normativo. Non solo non c'è un'illegitimità dichiarata *in qualche modo*; ma, anche se fosse, essa non potrebbe vincolare il principale destinatario. L'ordinanza esprime un auspicio, che la Corte rivolge al legislatore, che non ha nessun effetto prescrittivo sia nell'*an*, sia nel *quando*, sia nel *quomodo*, a meno di voler ammettere che il legislatore democratico possa farsi dettare l'agenda e i suoi contenuti da parte della Corte costituzionale. Il termine poi è del tutto casuale. Che cosa accadrebbe se il 10 maggio 2022 una legge di riforma non fosse stata ancora approvata ma, in ipotesi, soltanto calendarizzata o deliberata da uno dei due rami del parlamento? Comunque, da quella “tensione” con la Costituzione, circondata com'è stata di tutte le precauzioni riportate, non credo possa desumersi una incostituzionalità sicura nella forma e negli effetti. Quelli della Corte sono, appunto, *argomenti*, che, come tali, sono suscettibili di essere discussi, rivisti, smontati da chiunque e, *absit iniuria verbis*, anche da un legislatore. Anzi, leggendo l'ordinanza potrebbe trarsi la conclusione che, nel pesare i diversi argomenti, la Corte costituzionale abbia riconosciuto prevalenti proprio quelli che conducono, come in effetti è avvenuto, a salvare (sia pure *medio tempore*) la disposizione censurata. Argomenti contro argomenti, nulla di più.

Certo non si può negare che la Corte giochi col tempo: si parla di una decisione di accoglimento non “immediata”, quasi a lasciar intravedere l'esito del giudizio decorso inutilmente l'anno di tregua concesso al legislatore. La sfida, alla scadenza, sarà come scrivere la decisione. Qui, a differenza del [caso Cappato/Dj Fabo](#), non c'è – almeno non così chiaramente – l'annuncio di una decisione futura. Nella stessa pronuncia definitiva del [caso Cappato/Dj Fabo](#) la sentenza ha integrato l'incostituzionalità con una serie di *caveat*⁷, previsti per fronteggiare le conseguenze derivanti da una riscrittura non sorvegliata della fattispecie in luogo del legislatore, specie nei confronti dei cd. vulnerabili⁸. Qui, dunque, non sembra esserci il preannuncio della norma che potrebbe essere scritta dalla Corte costituzionale in caso di inerzia del legislatore. È probabile che ciò derivi dalla particolare situazione; oppure dalla cautela usata dal relatore nella scrittura della motivazione; o ancora dall'oggettiva difficoltà di prefigurare una soluzione chiara e sicura già oggi; oppure perché a Palazzo della Consulta si crede realmente che il legislatore alla fine interverrà per cui non conviene pregiudicarne il terreno di elezione. Di tutto ciò, comunque, discuteremo a tempo debito.

4. Piuttosto, la *speranza* di un intervento del legislatore va apprezzata proprio nella parte in cui la Corte costituzionale grida a tutta voce l'insufficienza degli strumenti di cui dispone. Non si tratta del solito argomentare per stereotipi. È qui che l'invito alla collaborazione esprime il suo vero obiettivo. A differenza di altri ordinamenti, nei quali l'immane creatività giurisprudenziale è stata normalmente accompagnata da novelle legislative sul processo e sugli strumenti giudiziari disponibili, per coprire sul piano della legalità gli sconfinamenti del custode della costituzione, il nostro diritto positivo è ancora quello delle origini. La legge n. 87 del 1953 – approvata addirittura

⁶ Ma come si sa questi appelli sono spesso rimasti lettera morta, come ha dimostrato il precedente più rilevante relativo al [caso Cappato/Dj Fabo](#). Per R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, cit., 107, “se il nuovo tipo di decisione tendeva ad instaurare un dialogo con il legislatore, dobbiamo prendere atto che la finalità non è stata raggiunta”.

⁷ Come la collocazione dell'aiuto nel contesto del Servizio sanitario nazionale e, comunque, previo parere del Comitato di bioetica locale.

⁸ Oltre a quelli necessari a rendere applicabile il dispositivo anche al caso concreto nel quale la regola positiva prescritta dalla Corte costituzione non avrebbe potuto trovare applicazione.

prima della effettiva istituzione della Corte costituzionale – ha fotografato una situazione che, semmai fosse esistita, oggi non c'è più nella giurisprudenza costituzionale vivente. Quella legge risente di concezioni formalistiche che avevano alimentato il dibattito costituente, tributarie in larga misura della visione kelseniana di un giudice delle leggi piuttosto che di un giudice dell'esperienza costituzionale⁹. Quella legge n. 87 – è questo un aspetto importante – ha conosciuto una fortuna particolare: è stata celebrata, da parte della dottrina, quasi si trattasse di una sorta di appendice della Costituzione. Nel cristallizzarne i contenuti, questo atteggiamento protettivo l'ha resa impermeabile a qualsiasi ipotesi di revisione legale, consentendone una sopravvivenza *in senso formale* che stride, e non si giustifica più, di fronte alle riscritture materiali della giurisprudenza punto per punto¹⁰. Insomma, la legge n. 87 del 1953, che la dottrina ha difeso strenuamente di fronte ai tentativi (talora maldestri) del legislatore di aggiornarla, ha conosciuto – nel silenzio o nella timidezza critica di quella stessa letteratura intransigente – un processo di progressivo anacronismo normativo, al cospetto del diritto vivente giurisprudenziale. Ciò vale, per quello che qui interessa, soprattutto in ragione della complessità di un giudizio costituzionale che, in concreto, non ha (mai) avuto le caratteristiche dilemmatiche di una mera scelta tra l'accoglimento o il rigetto. I manuali di giustizia costituzionale dedicano la parte preponderante alla tipologia delle decisioni, considerando la modulazione degli effetti nello spazio, nel tempo: e questo si deve agli artifici inesauribili del giudice costituzionale. Non è un caso: vi sono intere biblioteche che dimostrano come l'applicazione della ragionevolezza e dei suoi epigoni (proporzionalità, bilanciamento, ecc.) dilatano le possibilità di controllo e richiedono strumenti decisori congruenti e adeguati. La giurisprudenza, in definitiva, ha riscritto la legge che dovrebbe costituirne il presupposto e il limite, e lo fa continuamente, senza che questo fatto desti particolare scalpore. L'ultima invenzione del diritto – che fa impallidire lo schema delle decisioni *in tandem* inaugurate nel caso Cappato¹¹ – è stata la pronuncia che ha ritenuto “incompatibili con la costituzione i magistrati onorari, *ma a partire dal 31 ottobre 2025*”!¹²

Sta qui, allora, il nodo che l'ordinanza sull'ergastolo ostativo vorrebbe venisse sciolto. Siamo arrivati al punto di massima espansione della forza normativa della giurisprudenza. La Corte costituzionale ha avvertito di essere ad un *turning point*; cerca, perciò, di correre ai ripari, mandando un segnale forte che, però, non riguarda tanto la vicenda di specie; o, meglio, che proprio per il peso specifico che una decisione di accoglimento potrebbe avere (e, alla fine, finirà per avere) sulle scelte di politica criminale che essa pone, ritiene non più rinviabile da parte del legislatore stesso un intervento positivo per adeguare le regole sul processo costituzionale alla realtà e alle esigenze attuali della giustizia costituzionale.

Questo è dunque il messaggio *politico* di questa ordinanza costituzionale. Il giudice delle leggi non pare più disposto a svolgere un ruolo di supplenza che la Costituzione – stiracchiata per ogni dove da parte di una giurisprudenza di merito e di legittimità militante, che si avvale di ogni strumento per scardinare l'ordinamento positivo mediante interventi normativi del giudice delle leggi – finisce per riservarle, in un contesto nel quale il legislatore, per motivi diversi, non è più in grado di svolgere la sua funzione.

La Corte costituzionale ci pone di fronte ad un'alternativa secca: o accettare un duplice livello della legalità (quella democratica del legislatore e quella aristocratica del custode della Costituzione) in concorrenza tra loro ma da ritenersi parimenti *legittimi*, o modificare il quadro normativo che sta alla base del processo costituzionale, alla ricerca di soluzioni positive che permettano di mantenere

⁹ Ne ho discusso in A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quad. cost.*, 2021, 115 ss.

¹⁰ È recente, tuttavia, anche un intervento manipolativo sul fondamentale art. 30, comma, 4, l. n. 87 del 1953 operato dalla [sent. n. 68 del 2021](#) dichiarato illegittimo nella parte in cui non si applica alle sentenze irrevocabili comminatorie della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente!

¹¹ Così ho definito la decisione risultante dalla coppia [ord. n. 207/2018](#) e [sent. n. 242/2019](#): cfr. A. MORRONE, *Il caso e la sua legge. Note sul caso Cappato/Dj Fabo*, in *Famiglia e diritto*, 2020, 244 ss.

¹² Cfr. [sent. n. 41 del 2021](#). La citazione (il cui corsivo non è testuale) è tratta dall'efficacissimo comunicato stampa (17 marzo 2021). Una decisione unica nel suo genere, il cui effetto additivo (di norma transitoria) è differito a distanza di quasi cinque anni dal deposito, secondo un termine letteralmente inventato dalla Corte costituzionale.

l'equilibrio tra i poteri e la differenza tra creare diritto e applicarlo. Difficile dire se l'occasione sarà colta. Certo il contesto politico emergenziale, nel quale sta operando un governo di tregua politica, potrebbe favorire quello che in altri momenti, più connotati dal punto di vista della lotta partitocratica, è stato impossibile fare. Vale la pena di tentare, allora. Non è più rinviabile un serio contributo di riforma della legislazione vigente, al fine di stabilire i confini del potere normativo della Corte costituzionale, specie nelle situazioni in cui le ragioni della Costituzione esigono contemperamenti che non possono essere lasciati al caso, ma che meritano un quadro legale certo, rispettoso della divisione dei poteri, in grado di rendere concreto il metodo della collaborazione istituzionale tra legislatore e Corte costituzionale.

Vincenzo Sciarabba

“Neighbourhood Watch” o “Neighbourhood Support”?

La dichiarazione d’incostituzionalità della legge veneta sul controllo di vicinato e le strade percorribili in futuro*

ABSTRACT: The essay, starting from a recent judgement of the Constitutional Court which annulled a regional law on the subject of “neighbourhood watch” for lack of legislative competence, investigates this phenomenon from the perspective of constitutional law, in the light of the experiences of other countries and taking into account the critical reflections put forward by scholars with regard to them, and also turning its attention to other phenomena in some way comparable. On the basis of the results of this investigation, we draw up some proposals about possible regulatory developments in this field (by the state legislature or, perhaps better, the regional legislatures), hopefully in the sense of a reconfiguration of this phenomenon in the direction, for example, of what in some countries is called “neighbourhood support”.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La [legge regionale n. 34 del 2019 della Regione Veneto](#). – 3. La [sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2020](#). – 4.1. Le prospettive future: una riflessione preliminare sul fondamento della riserva statale in materia di ordine pubblico e sicurezza – 4.2. Profili costituzionalmente problematici del controllo di vicinato sul piano sostanziale e opportunità di un ripensamento critico e di una “riconfigurazione” del fenomeno. – 5. Conclusioni propositive: i possibili interventi in tema di organizzazioni e attività di vicinato tra livello statale, livello regionale e livello locale.

1. *Introduzione.*

Con la [sentenza n. 236 del 2020](#), depositata il 12 novembre dello scorso anno, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, *nella sua interezza*, della [legge della Regione Veneto 8 agosto 2019, n. 34](#), contenente “Norme per il riconoscimento ed il sostegno della funzione sociale del controllo di vicinato nell’ambito di un sistema di cooperazione interistituzionale integrata per la promozione della sicurezza e della legalità”.

La Corte ha ritenuto che tale legge eccedesse la sfera di competenza legislativa regionale, andando a incidere su una materia («ordine pubblico e sicurezza») riservata in via esclusiva alla normazione dello Stato dall’art. 117, secondo comma, lett. h), della Costituzione e violando altresì la riserva di legge statale posta dall’art. 118 terzo comma (in base al quale «[l]a legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere *b*) e *h*) del secondo comma dell’articolo 117) «per avere [essa] disciplinato forme di coordinamento tra Stato ed enti locali in materia di ordine pubblico e sicurezza, con il sostegno della stessa Regione, al di fuori dei casi previsti dalla legge statale, e con modalità non consentite da quest’ultima».

Prima di procedere a una succinta illustrazione del contenuto della legge impugnata e della motivazione della sentenza, nonché a qualche ulteriore riflessione sul fenomeno in discussione e sulle sue possibili prospettive future nel contesto italiano, sembra utile inquadrare brevemente il controllo di vicinato – “neighbourhood watch” (UK) o “neighborhood watch” (US) nel contesto, o meglio nei contesti, di origine¹ – attraverso alcuni cenni storici e qualche prima considerazione generale.

*.Contributo sottoposto a referaggio.

¹ A volte, ma in misura nettamente minore, si parla al riguardo di “Block Watch”, “Community Watch”, “Crime Watch” o “Home Watch”.

Fenomeno contiguo e a volte combinato con il (o per così dire “annesso” al, o compreso nel) *neighbourhood watch*, ma in sé distinto o almeno distinguibile, è quello dei “*citizen patrols*”, accostabile, quanto all’esperienza italiana, alle famigerate “ronde” o ad altre forme di vigilantismo ancor più “attivo”. Sulla distinzione si tornerà nel corso della trattazione.

Al riguardo, occorre premettere che non è per nulla agevole, e probabilmente nemmeno possibile, dare una precisa ed univoca definizione di “controllo di vicinato”².

Entrambi i termini del sintagma, nella sua versione italiana come in quella inglese, sono infatti astrattamente declinabili, e sono stati concretamente declinati, in modi diversi.

Giuridicamente ma anche empiricamente sfuggente è, a monte, la stessa nozione di “vicinato”, non coincidente con alcuna suddivisione politica o amministrativa del territorio³ e tutt'al più possibile oggetto di tentativi definitivi di tipo “operativo”⁴, come tali non in grado di definire in modo chiaro e stabile, in sede teorica come in sede pratica, dei precisi “confini”, di natura “spaziale” o al limite anche di altro tipo, rispetto a ciò che... vicinato non è.

Ancor più sfuggente, nelle sue molteplici se non infinite accezioni, forme e possibili concrete implicazioni è – pur in presenza di un nucleo di significati e di suggestioni relativamente definite e “orientate” (...dalle quali non a caso si allontanano altre espressioni) – la nozione di “controllo” (o “watch”), su uno sfondo oscuro restando tra l'altro – ed è questo un punto su cui varrà la pena riflettere maggiormente – l'oggetto di tale controllo; e, ancora, le sue ragioni, le sue finalità (i suoi possibili “sbocchi” e più in generale i suoi effetti, diretti e indiretti), nonché, come si accennava, le sue modalità.

Ciò premesso, resta il fatto che il fenomeno esiste e, sebbene a lungo trascurato dal diritto (e in particolare dal diritto costituzionale), esso presenta, con tutte le distinzioni del caso, numerosi e importanti profili di indubbio rilievo sul piano giuridico (e segnatamente, appunto, sul piano costituzionale), in ragione ma anche ben al di là del fatto di essere esso – quanto in particolare al caso italiano – preso in considerazione, riconosciuto e promosso in “protocolli d'intesa” di tipo e contesto essenzialmente amministrativo, e di fare capolino in altri documenti e provvedimenti di varia natura (linee guida, delibere di giunta, patti, *vademecum*, manuali...), a livello ministeriale e a livello territoriale, con il coinvolgimento di prefetture, sindaci, questure, comandi dei Carabinieri e della Guardia di Finanza, corpi di polizia locale...⁵

Sviluppatesi nel mondo anglosassone (dalla fine degli anni sessanta, e soprattutto negli anni settanta, negli Stati Uniti; dagli anni ottanta anche nel Regno Unito e altrove), le relative, e invero piuttosto diversificate, strutture associative ed attività – riconducibili originariamente, e a grandi linee, all'iniziativa di «citizens coming together in relatively small groups (usually block clubs) to share information about local crime problems, exchange crime prevention tips, and make plans for

² Nondimeno, per farsi un'idea, volendo anche molto dettagliata, dei contorni (oltre che della dimensione) assunti dal fenomeno del controllo di vicinato in Italia può risultare estremamente utile una “esplorazione” dei moltissimi documenti di varia natura e contenuto presenti, al riguardo, in rete: spesso, significativamente (e coerentemente con alcune logiche e caratteristiche di fondo del fenomeno, di cui è elemento tipico il supporto reciproco, il coordinamento o comunque la “contiguità” rispetto ad apparati pubblici quali le forze di polizia), su siti di enti e istituzioni pubbliche: di norma sui siti dei Comuni, e, non di rado (per il motivo anzidetto) nella sezione dedicata alla polizia locale.

In via puramente esemplificativa, può segnalarsi come materiali e informazioni relative al controllo di vicinato siano presenti – oltre che in numerose pagine del sito del Ministero dell'Interno (per lo più allo scopo di riportare e “rilanciare” notizie di ambito locale) e sui siti di qualche Regione, come l'[Emilia-Romagna](#) – sui siti dei Comuni di [Abano Terme \(PD\)](#), [Bagno a Ripoli \(FI\)](#), [Barzano \(LC\)](#), [Bevagna \(PG\)](#), [Borgosatollo \(BS\)](#), [Borgo Mantovano \(MN\)](#), [Cannara \(PG\)](#), [Capannori \(LU\)](#), [Castelfranco Emilia \(MO\)](#), [Cento \(FE\)](#), [Cermenate \(CO\)](#), [Cessalto \(TV\)](#), [Cislago \(VA\)](#), [Cinisello Balsamo \(MI\)](#), [Correggio \(RE\)](#), [Corsico \(MI\)](#), [Dresano \(MI\)](#), [Ferrara](#), [Formigine \(MO\)](#), [Galliera Veneta \(PD\)](#), [Gorgonzola \(MI\)](#), [Gorla Maggiore \(VA\)](#), [Lissone \(MB\)](#), [Loano \(SV\)](#), [Lucca](#), [Mediglia \(MI\)](#), [Mira \(VE\)](#), [Montechiarugolo \(PR\)](#), [Montiano \(FC\)](#), [Muggiò \(MB\)](#), [Olgiate Olona \(VA\)](#), [Parma](#), [Piacenza](#), [Prato](#), [Ravenna](#), [Romano di Lombardia \(BG\)](#), [San Giorgio Bigarello \(MN\)](#), [San Giovanni in Persiceto \(BO\)](#), [Sassuolo \(MO\)](#), [Signa \(FI\)](#), [Tarzo \(TV\)](#).

³ A differenza, ad esempio, della nozione di “quartiere”: sul punto G. OSTI, *Sociologia del territorio*, Bologna, il Mulino, 2010.

⁴ Cfr. L.K.C. MANZO, *Vicini (ma non troppo). Uno studio esplorativo sul tema del vicinato in Italia*, in [CIDADES, Comunidades e Territórios](#), 26 (Jun/2013), 16 ss.

⁵ Su tutto ciò, per una illuminante panoramica cfr. quanto riportato nelle pagine web (tutte contenute in siti istituzionali) indicate nella nota 2.

engaging in surveillance (“watching”) of the neighborhood and crime-reporting activities»⁶ – si sono poi diffuse anche in molti altri contesti⁷, in alcuni casi assumendo forme e finalità (se non addirittura denominazioni: v. subito oltre) significativamente differenti da quelle che hanno prevalentemente caratterizzato – anche nelle sue successive, e spesso problematiche, evoluzioni o involuzioni – il “modello base”.

Questo, infatti, non di rado ha assunto e assume connotazioni piuttosto truci e inquietanti⁸: connotazioni alle quali è opportuno fare con attenzione riferimento per comprendere appieno non solo i rischi più estremi e teorici ma anche *alcune criticità e alcune contraddizioni di fondo del fenomeno “in sé”*, a prescindere cioè da “deviazioni” o “degenerazioni” asseritamente non in linea con il modello e tuttavia, come si è ben osservato in dottrina, rivelatrici di dinamiche più radicate e in certa misura connaturate, o comunque strettamente legate, alle stesse “finalità statutarie” del controllo di vicinato.

Non stupisce dunque che altrove – in specie, e quantomeno, in Nuova Zelanda – si sia deciso di provare a costruire qualcosa di un po’ diverso, volutamente dando a questo “qualcosa” una diversa denominazione ufficiale, quasi a voler prendere le distanze non solo dagli “eccessi” cui si stava prima alludendo, in ipotesi suscettibili di essere banalmente considerati come degli occasionali e tutto sommato poco rilevanti “tradimenti” (...le classiche “mele marce”) rispetto all’originaria e intrinseca *mission* del “Neighbourhood Watch”, ma addirittura da quest’ultima: in ragione, come potrà subito iniziare ad intuirsi, non solo dei pericoli che essa porta con sé, ma, prima ancora, della sua *troppo angusta* e dunque già a monte e in ogni caso *deformante e oppressiva* visione.

Sicché, anziché di “Neighbourhood Watch”, si è lì preferito ragionare – rivendicando, valorizzando ed enfatizzando anche sul piano linguistico il distacco concettuale – di “Neighbourhood Support”⁹.

⁶ Così, in uno dei più interessanti contributi sul tema del controllo di vicinato, D.P. ROSENBAUM, *The Theory and Research Behind Neighborhood Watch: Is It a Sound Fear and Crime Reduction Strategy?*, in *Crime and Delinquency*, 1/1987, 103-134, 104.

⁷ R. YARWOOD, *Neighbourhood Watch*, in *International Encyclopedia of Housing and Home*, Vol. 5, Oxford, Elsevier, 2012, 90 ss., afferma che, sebbene «[s]upport for NW varied between police forces when it was first introduced» (...in verità anche dopo, parrebbe da altri studi), «the programme has now been incorporated into community policing strategies of most first world forces»; ma ciò – si noti – non tanto in ragione della sua efficacia rispetto a quelli che sono i suoi scopi primari (come lo stesso A. riconosce in successivi passaggi), bensì «largely because it has helped to improve public relations»: segnatamente, occorre ancora precisare, quanto ai rapporti *tra i partecipanti ai gruppi e le forze dell’ordine*, affermando in particolare l’A., a chiarimento e giustificazione di tale non scontata e da altri non condivisa conclusione, che «[s]chemes are often supported by police officers or auxiliaries that have a dedicated community or ‘beat management’ remit» e che «meetings with NW members contribute to pro-active, community-based policing and can help to improve the visibility of the police in local areas».

⁸ Basti ricordare, come punta dell’iceberg, il noto caso di Trayvon Martin, diciassettenne afroamericano ucciso il 26 febbraio 2012 a Sanford, in Florida, da George Zimmerman, coordinatore del locale gruppo di Neighborhood Watch, con un colpo di arma da fuoco al cuore, presumibilmente durante un alterco sfociato in una colluttazione dopo che il ragazzino era stato seguito, avvicinato e almeno verbalmente aggredito mentre, disarmato, camminava tranquillamente per strada, colpevole forse solo di indossare un cappuccio per ripararsi dalla pioggia e/o, più verosimilmente, di avere la pelle scura: per agghiaccianti ma istruttivi dettagli sulla drammatica vicenda e sul suo non meno sconcertante seguito (dalla discussa e ovviamente discutibile assoluzione dell’omicida alla successiva orgogliosa vendita all’asta, per 250.000 dollari, della pistola usata per commettere l’omicidio da parte del medesimo) si rinvia alle notizie pubblicate dai principali giornali americani e italiani e reperibili on line, nonché al volume, scritto dai genitori del ragazzo ucciso, S. FULTON e T. MARTIN, *Rest in Power: The Enduring Life of Trayvon Martin*, New York, Spiegel & Grau, 2017.

⁹ Non serve e non si intende qui approfondire – al di là di alcuni cenni più puntuali che comunque si faranno nella nota 82 – in che misura e sotto quali profili la distinzione sia concretamente apprezzabile nello specifico contesto neozelandese, di quali altre attività i vari “gruppi” aderenti a questa seconda impostazione si siano fatti e si facciano effettivamente carico, quale tipo di conseguenze positive la loro azione (e, a monte, il loro approccio ideale e operativo) abbia avuto e abbia sulle relazioni sociali e sui molti ambiti di intervento ed aspetti direttamente o indirettamente presi in considerazione (...sicurezza inclusa, ma – ecco il punto – non *in via esclusiva né in primo piano*)...

Piuttosto, la contrapposizione in questione, pur certamente un po’ artificiosa e forzata (...ma lo era evidentemente, e significativamente, anche nelle intenzioni alla base del cambio di denominazione!), vuole avere lo scopo di aiutare a delineare sul piano teorico, e almeno in parte comprovare sul piano pratico, la possibile esistenza di *due “modelli” sostanzialmente alternativi* di (diciamo così) “aggregazione di vicinato”. E ciò non nell’intento di effettuare una fedele

Su questa distinzione, e su ciò che essa evoca ed implica su molti piani, si tornerà più avanti, essendo esattamente questo, a nostro avviso, uno snodo cruciale e potenzialmente “decisivo” (a livello empirico e a livello giuridico-costituzionale) anche nel contesto italiano: in parte per motivi almeno a prima vista contingenti legati a questioni di riparto costituzionale di competenze tra Stato e Regioni; in parte per motivi molto più profondi di natura “sostanziale”.

2. La [legge regionale n. 34 del 2019 della Regione Veneto](#).

Venendo alle recenti vicende italiane, vale la pena richiamare anzitutto brevemente i contenuti della [legge regionale n. 34 del 2019 della Regione Veneto](#) (poi annullata, come si è anticipato, dalla Corte), iniziando con il riportare la definizione – invero assai poco stringente per non dire un po’ “fumosa” – che di “controllo di vicinato” si dava in tale legge.

Dopo aver premesso, all’articolo 1, che «[l]a Regione del Veneto concorre allo sviluppo della civile e ordinata convivenza nelle città e nel proprio territorio, promuovendo la collaborazione fra amministrazioni statali, istituzioni locali e società civile, nel rispetto delle relative competenze e responsabilità, al fine di sostenere processi di partecipazione alle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza urbana ed integrata, di incrementare i livelli di consapevolezza dei cittadini circa le problematiche del territorio e di favorire la coesione sociale e solidale» e, al comma 1 dell’articolo 2, che «[p]er concorrere al perseguimento delle finalità di cui alla presente legge la Regione del Veneto riconosce la funzione sociale del controllo di vicinato come strumento di prevenzione finalizzato al miglioramento della qualità di vita dei cittadini» e «riconosce altresì le sue forme associative come espressione dei principi di sussidiarietà orizzontale e partecipazione dei privati all’esercizio delle funzioni pubbliche, di cui all’articolo 118 della Costituzione, nonché all’articolo 2 della [legge regionale 13 aprile 2001, n. 11](#) “Conferimento di funzioni e compiti amministrativi alle autonomie locali in attuazione del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112”»¹⁰, il comma 2 dell’articolo 2 della [legge n. 34/2019](#) identificava così, in generale, il fenomeno in oggetto: «quella forma di cittadinanza attiva che favorisce lo sviluppo di una cultura di partecipazione al tema della sicurezza urbana ed integrata per il miglioramento della qualità della vita e dei livelli di coesione sociale e territoriale delle comunità, svolgendo una funzione di osservazione, ascolto e monitoraggio, quale contributo funzionale all’attività istituzionale di prevenzione generale e controllo del territorio».

Tale “definizione” veniva integrata attraverso una precisazione “in negativo” – la già citata previsione per cui «[n]on costituisce comunque oggetto dell’azione di controllo di vicinato

ricostruzione descrittiva, accurata ed esauriente del panorama comparato, bensì solo di agevolare – valorizzando e per così dire “sfruttando” i più stimolanti spunti che tale panorama offre – alcune riflessioni generali su ciò che in Italia e altrove potrebbe e magari dovrebbe accadere (...con la conseguenza che se anche il secondo di tali modelli, quello che si vuol qui illuminare e caldeggiare, fosse allo stato puro, e allo stato attuale, più teorico che reale... *poco importerebbe ai nostri fini*): si allude, da un parte, a un più tradizionale modello *monotematico, securitario, “chiuso”* e come vedremo *intrinsecamente divisivo*; e, dall’altra, a un modello *aperto* (in tutti i sensi, dalla definizione delle proprie finalità ed attività a scendere), *solidale* e potenzialmente *inclusivo*. Intuibili – ma, appunto, cercheremo di chiarirle procedendo nella trattazione – le possibili conseguenze di tutto ciò sotto il profilo giuridico-costituzionale...

¹⁰ Con riferimento alla previsione legislativa per cui la Regione del Veneto riconosce forme associative del controllo di vicinato «come espressione dei principi di sussidiarietà orizzontale e partecipazione dei privati all’esercizio delle funzioni pubbliche, di cui all’articolo 118 della Costituzione», non si può fare a meno di notare – anche in considerazione del ruolo che molto spesso tende ad attribuirsi al principio di sussidiarietà anche sul terreno di cui ci stiamo occupando (si veda al riguardo, tra l’altro, quanto osservato dalla stessa Corte costituzionale nel passaggio conclusivo della [sentenza n. 236](#), sul quale si tornerà più avanti) – che per la verità nell’art. 118 della Costituzione non vi è alcun riferimento alla «partecipazione dei privati all’esercizio delle funzioni pubbliche», prevedendosi piuttosto, semplicemente, che tutti gli enti di cui si compone la Repubblica «favorisc[a]no l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale»: e se è ovvio che le funzioni pubbliche dovranno sempre, per parte loro, tendere all’interesse generale, pare altrettanto evidente come non tutte le attività “di interesse generale” debbano e possano per ciò stesso qualificarsi come “funzioni pubbliche”!

l'assunzione di iniziative di intervento per la repressione di reati o di altre condotte a vario titolo sanzionabili, nonché la definizione di iniziative a qualsivoglia titolo incidenti sulla riservatezza delle persone» – e, in positivo, attraverso la specificazione, invero a sua volta molto generica, che «[i]l controllo di vicinato si attua attraverso una collaborazione tra Enti locali, Forze dell'Ordine, Polizia Locale e con l'organizzazione di gruppi di soggetti residenti nello stesso quartiere o in zone contigue o ivi esercenti attività economiche, che, in conformità alla presente legge, integrano l'azione dell'amministrazione locale di appartenenza per il miglioramento della vivibilità del territorio e dei livelli di coesione ed inclusione sociale e territoriale» (art. 2, comma 3).

A tal fine, poi, si attribuiva (art. 2, comma 4) *alla Giunta regionale* il compito di promuovere «la stipula di accordi o protocolli di intesa per il controllo di vicinato con gli Uffici Territoriali di Governo da parte degli enti locali in materia di tutela dell'ordine e sicurezza pubblica, nei quali vengono definite e regolate le funzioni svolte da soggetti giuridici aventi quale propria finalità principale il controllo di vicinato, secondo la definizione di cui alla presente legge» (con la possibilità di «sostenere», «[o]ve ricorrano le condizioni, [...] il coinvolgimento dei soggetti giuridici [summenzionati], nelle forme previste nei Patti per la Sicurezza Urbana», di cui al decreto-legge 20 febbraio 2017 n. 14, convertito, con modificazioni, nella legge 18 aprile 2017 n. 48), nonché (art. 3) il compito di «[p]romuove[re] interventi per sostenere il controllo di vicinato secondo la definizione di cui alla presente legge, in conformità alle norme nazionali in materia di sicurezza urbana ed integrata ed alle relative disposizioni attuative» e quello di «favorire la conoscenza, lo sviluppo e il radicamento nel territorio del controllo di vicinato e delle relative iniziative sul territorio», mediante la definizione di «programmi di intervento» in una serie di ambiti, e segnatamente:

«a) scambio di conoscenze, informazioni ed esperienze sui diversi fenomeni partecipativi della cittadinanza alle politiche di sicurezza urbana ed integrata e sulla loro incidenza sul territorio, anche favorendo l'attivazione da parte dei comuni di sportelli informativi su ruolo e funzioni del controllo di vicinato¹¹;

b) attività di ricerca, documentazione, comunicazione ed informazione circa le azioni realizzate e di analisi sui risultati conseguiti, con particolare riguardo al livello di impatto sulla sicurezza nel contesto di riferimento¹²;

c) promozione e sostegno di misure attuative dei protocolli di intesa e dei patti per la sicurezza urbana sottoscritti nel territorio regionale e che prevedono adesione o forme di coinvolgimento di gruppi di controllo¹³;

d) promozione e sostegno alla realizzazione di iniziative conoscitive e di progetti scolastici di sperimentazione didattica ed educativa, negli istituti di istruzione secondaria di secondo grado [...], d'intesa con l'Ufficio scolastico regionale, in ordine al controllo di vicinato, quale momento di

¹¹ Per l'attuazione delle iniziative in questione l'articolo 4 prevedeva che la Giunta si dovesse «confronta[re], senza assunzione di oneri, con gli enti locali e con soggetti giuridici aventi quale propria finalità statutaria principale il controllo di vicinato, individuati prioritariamente tra i gruppi di controllo che collaborano all'attuazione dei protocolli di intesa tra le amministrazioni comunali e gli Uffici territoriali di Governo».

¹² Relativamente alle attività in questione v. quanto si precisa nella nota successiva, con riferimento alle ulteriori previsioni, ad esse collegate, contenute nell'art. 4.

¹³ Con riguardo alle iniziative di cui alle lettere b) e c) dell'art. 3, il comma 1 dell'articolo 4 prevedeva che la Giunta «assegna[ss]e contributi agli enti locali, singoli o associati, per il tramite di un capofila, nell'ambito dei protocolli di intesa o dei Patti per la sicurezza urbana previsti all'articolo 2 comma 4, per progetti aventi come finalità il controllo di vicinato, in conformità ai successivi commi 2 e 3» dello stesso articolo 4, nei quali rispettivamente si prevedeva che «[c]ostituiscono spese ammissibili per i progetti presentati dagli enti locali [...] ai fini della concessione di contributi: a) l'acquisto di cartelli di segnalazione del controllo di vicinato recanti lo stemma della Regione Veneto; b) l'acquisto di dotazioni ed attrezzature, ivi comprese spese amministrative e gestionali per il loro utilizzo, riconosciute funzionali all'espletamento dei compiti inerenti al controllo di vicinato, da concedere in comodato d'uso gratuito ai gruppi di controllo, in esito alla adesione o partecipazione ai protocolli d'intesa e ai patti per la sicurezza urbana», e che «[l]a Giunta regionale, sentita la competente commissione consiliare, definisce [...] le modalità, i criteri e le priorità per l'assegnazione dei contributi agli enti locali [...] nonché agli istituti scolastici [...], ivi comprese la disciplina delle modalità di erogazione, dei termini di esecuzione degli interventi, delle variazioni alle iniziative, delle modalità di svolgimento dell'istruttoria e dei controlli anche in funzione di revoca dei contributi».

crescita consapevole della coscienza civile, costituzionale e democratica, sui temi della sicurezza partecipata e della legalità»¹⁴.

Ancora, sotto la rubrica «Analisi del sistema di controllo di vicinato», l'art. 5 della [legge n. 34](#) prevedeva che la Giunta regionale, «al fine di incentivare e sostenere la diffusione del controllo di vicinato», promuovesse «la creazione di una banca dati, che racco[g]liesse le misure attuative dei protocolli di intesa e dei patti per la sicurezza urbana sottoscritti nel territorio regionale che prevedano forme di coinvolgimento di vicinato»: banca dati che avrebbe dovuto «consentir[e] la gestione degli elementi informativi sul sistema provenienti dagli enti locali che svolgono attività di controllo di vicinato» (a tal fine la Giunta regionale dovendo «stipula[re] intese con gli enti locali e con i soggetti istituzionali competenti in materia di ordine e sicurezza pubblica»), nonché «la definizione di analisi sull'evoluzione dell'efficacia del controllo di vicinato e sulla situazione concernente le potenziali tipologie di reati ed il loro impatto sul sistema territoriale».

Infine, oltre ad assegnarsi alla Giunta il compito di «trasmette[re] alla commissione consiliare competente in materia, a cadenza annuale e a decorrere dal secondo anno successivo all'entrata in vigore della presente legge, una relazione sullo stato di attuazione, con particolare riguardo allo stato delle iniziative attuative di cui alla presente legge come presentate ed alle misure ammesse a finanziamento ed attuate», si quantificavano gli oneri derivanti dall'applicazione della legge – in specie dalle succitate lett. lettere b), c) e d) del comma 2 dell'articolo 3 – e se ne individuava la copertura, per un totale di trecentomila euro per ciascuno degli esercizi 2020 e 2021.

3. [La sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2020.](#)

Alla luce di tutto ciò, non ha stupito che l'intero testo della legge¹⁵ sia stato impugnato dallo Stato, anzitutto per violazione (riconosciuta dalla Corte, secondo quanto si è anticipato), dell'art. 117, secondo comma, lettera h), Cost. – che, come affermato dall'Avvocatura generale dello Stato, «preclude in radice al legislatore regionale la disciplina dell'ordine pubblico e della sicurezza» – e dell'art. 118, terzo comma, Cost., che riserva il coordinamento in tale materia al legislatore statale¹⁶ «e, conseguentemente, preclude al legislatore regionale l'introduzione di regole di coordinamento interistituzionale»¹⁷; nonché, in aggiunta e per così dire “a traino” (ma tale censura è stata ritenuta

¹⁴ Con riferimento a tali interventi, l'art. 4 prevedeva che la Giunta «assegn[asse] contributi agli istituti scolastici, d'intesa con l'Ufficio scolastico regionale, anche per l'acquisto di materiali didattici».

¹⁵ ...«stante la sua unitarietà e organicità nel disciplinare il controllo di vicinato e la collaborazione interistituzionale in materia, che la Regione non avrebbe competenza alcuna a disciplinare» (punto 1.2 del *Ritenuto in fatto*).

¹⁶ Sul punto cfr. già P. BONETTI, *Le leggi regionali su materie concernenti la sicurezza devono rispettare la potestà legislativa statale circa le forme di coordinamento tra Stato e Regioni in materia di ordine pubblico e sicurezza*, in *Le Regioni*, 5/2004, 1168 ss.

¹⁷ Più puntualmente, e valorizzando fortemente il nesso tra le due previsioni costituzionali, l'Avvocatura dello Stato sosteneva che la materia della sicurezza, «a prescindere dalle forme nelle quali essa viene declinata: sicurezza integrata o sicurezza urbana», forma «oggetto, al pari dell'ordine pubblico, di riserva di legislazione statale (art. 117, comma 2, lettera h, Cost.): tant'è vero che [...] del tutto coerentemente la stessa Costituzione riserva allo Stato la disciplina delle forme di coordinamento dell'attività dei pubblici poteri – regioni comprese – nella suddetta materia (art. 118, comma 3, Cost.)».

E, a quest'ultimo riguardo, come ricorda la Corte, il ricorso si premurava di illustrare «la “cornice normativa” statale entro cui si collocherebbe la disciplina del controllo di vicinato oggetto della legge regionale impugnata, soffermandosi sul [...] d.l. n. 14 del 2017, come convertito, adottato espressamente in attuazione dell'art. 118, terzo comma, Cost., quale esercizio del potere statale di disciplinare “forme di coordinamento fra Stato e regioni” nella materia dell’“ordine pubblico e sicurezza”», per poi arrivare a concludere – dopo aver evidenziato come tale decreto avesse «provveduto a regolamentare sia la materia, sia le forme di coordinamento nella stessa, circoscrivendo, “con assoluta precisione, il ruolo dei vari attori istituzionali [...] e, tra questi, e in primis, quello delle regioni”», e dopo aver analizzato «i contenuti salienti del d.l. n. 14 del 2017, con speciale riguardo ai moduli collaborativi ivi delineati in riferimento alla “sicurezza integrata”» – che «le misure regionali di sostegno al controllo di vicinato di cui alla legge regionale impugnata non possano rientrarvi», e ciò «sia perché il controllo di vicinato sarebbe estraneo ai settori ivi elencati», sia «perché una regolamentazione per via legale del fenomeno contrasta, per il suo carattere autoritativo ed unilaterale, con il modulo

“assorbita” dalla Corte, e pertanto non presa in considerazione), per violazione dell’art. 117, secondo comma, lettera g), Cost., «che riserva al legislatore statale l’ordinamento e l’organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali e, conseguentemente, preclude al legislatore regionale di disporre delle competenze e delle attribuzioni di organi e di uffici pubblici statali»¹⁸.

convenzionale che informa l’intera materia sia, infine, perché la “legificazione” del controllo di vicinato eccede certamente l’ambito delle misure di sostegno che, in base alla legge statale ed agli accordi che sono a questa seguiti, le autonomie locali sono legittimate ad adottare in un ambito [...] per principio precluso al legislatore regionale».

La piena riconducibilità del (la disciplina del) controllo di vicinato alla materia della sicurezza sarebbe del resto testimoniata, si osserva, dalla sua stessa definizione ad opera della legge regionale impugnata, «che lo qualifica come strumento di prevenzione generale e controllo del territorio, e, dunque, quale strumento di prevenzione, anche criminale» (altrove, in un significativo passaggio su cui si tornerà poco oltre, si è censurato il fatto che la legge avesse trasformato «il controllo di vicinato in uno strumento di politica criminale», per questo determinando un’interferenza «nella disciplina statale di prevenzione e repressione dei reati»), con la conseguenza che esso avrebbe semmai «potuto, eventualmente, trovare riconoscimento e disciplina “nell’ambito degli accordi e dei patti previsti dalla normativa statale in materia di sicurezza”, come delineata dal d.l. n. 14 del 2017, ma certo non per mano del legislatore regionale, “essendo [il] coordinamento riservato alla legislazione statale la quale, con il decreto-legge più volte citato, ha appunto previsto un complesso di azioni e di interventi” da parte dei diversi soggetti istituzionali, tutti orientati “all’attuazione di un sistema unitario ed integrato di sicurezza per il benessere delle comunità locali”».

Da notare che, in un passaggio relativo alla prevista creazione di una banca dati sostanzialmente “parallela” rispetto a quella nazionale ma indicativo a livello più generale e stimolante sotto vari profili, l’Avvocatura dello *Stato esclude che sia «possibile un’interpretazione della disposizione impugnata compatibile con il rispetto delle competenze esclusive statali in materia»...*

E in effetti non sembra del tutto vano chiedersi se davvero un’interpretazione costituzionalmente orientata di questa ed altre disposizioni della legge – tale magari da consentire di giungere a una decisione di rigetto “interpretativo” su certe sue parti e di accoglimento parziale, testuale o non testuale (ovvero, ancora, interpretativo), su altre – non fosse almeno astrattamente ipotizzabile e meritevole di un qualche approfondimento in sede motivazionale (tanto più alla luce della circostanza riportata nella nota seguente).

Ed è chiaro che, in caso di risposta positiva a tale quesito, risulterebbe ancor più significativo il fatto che il giudice delle leggi si sia invece risolutamente orientato nel senso di una “stroncatura totale” e netta dell’intero testo normativo, in conseguenza, dovrebbe a quel punto ritenersi, di valutazioni di opportunità costituzionale e/o, per così dire, di politica giudiziaria che meriterebbero di essere “svelate” (anzitutto all’interno della Corte, sempre che le cose non stessero proprio in questo modo e tale chiarimento non vi sia già stato senza lasciarne traccia nella sentenza) e poste quanto più possibile in luce, potendo ciò verosimilmente indurre a portare a galla questioni e considerazioni di notevole ricchezza e spessore circa le implicazioni più profonde del fenomeno del controllo di vicinato (e del suo “trattamento legislativo”)...

¹⁸ In via subordinata, il Governo aveva impugnato anche singole disposizioni della legge, e precisamente:

- l’articolo 1, l’art. 2, commi 2, 3 e 4, nonché l’art. 4, comma 1, lettera a), «per avere il legislatore regionale definito in tali norme il controllo di vicinato “quale contributo funzionale all’attività istituzionale di prevenzione generale e controllo del territorio”, stabilendo che detta forma di controllo «si attua attraverso una collaborazione tra Enti locali, Forze dell’ordine, Polizia locale” e società civile, e attribuendo a tal fine alla Giunta regionale il potere di promuovere moduli negoziali tra Uffici territoriali di Governo ed enti locali, previo confronto con questi ultimi e con le associazioni aventi per finalità statutaria principale il controllo di vicinato», in questo modo violando l’art. 117, secondo comma, lettera h), Cost., (in quanto, «trasformando “il controllo di vicinato in uno strumento di politica criminale», tali disposizioni determinerebbero un’interferenza – non solo potenziale – “nella disciplina statale di prevenzione e repressione dei reati”), l’art. 118, terzo comma, Cost., («in quanto tali norme introdurrebbero regole di coordinamento interistituzionale riservate al legislatore statale»), nonché l’art. 117, secondo comma, lettera g), Cost., («in quanto le stesse disposizioni prevedono, “anche se al solo fine di promuoverli, la stipula di accordi dai quali deriveranno obblighi a carico dei titolari e dei preposti ad organi ed uffici pubblici dello Stato”, così interferendo “nell’organizzazione amministrativa dello Stato e dei suoi apparati”);

- l’art. 3, comma 2, lettera b), «dal momento che tale disposizione, prevedendo programmi regionali nell’ambito delle attività di “ricerca, documentazione, comunicazione ed informazione circa le azioni realizzate e di analisi sui risultati conseguiti, con particolare riguardo al livello di impatto sulla sicurezza nel contesto di riferimento”, violerebbe l’art. 117, secondo comma, lettera h), Cost. perché interferirebbe, anche solo potenzialmente, sull’attività di organi statali competenti all’“analisi strategica interforze dei fenomeni criminali ai fini del supporto dell’Autorità nazionale di pubblica sicurezza”»;

- l’art. 5, «che, prevedendo la creazione di una banca dati in cui confluiscono, previa intesa con i soggetti istituzionali competenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, anche dati finalizzati all’analisi dell’efficacia del controllo di vicinato e della “situazione concernente le potenziali tipologie di reati ed il loro impatto sul sistema territoriale”, violerebbe ancora l’art. 117, secondo comma, lettera h), Cost., in ragione della “sovrapposizione” o quantomeno della “interferenza con le banche dati formate e tenute dal Centro elaborazione dati (CED) interforze istituito presso il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell’interno ai sensi dell’art. 7, comma 1, della legge n. 121/1981”»

La difesa regionale, naturalmente, ha contestato tali affermazioni e più in generale la ricostruzione e le valutazioni dell'Avvocatura, con argomenti respinti dalla Corte e sui quali per brevità si sorvola, non senza però notare come, volendo, essi potrebbero risultare di un certo interesse soprattutto per la possibilità di trarne – per così dire “ribaltandoli” (e “rivoltando” al contempo, per leggerli “a contrario”, i principali argomenti sui quali la Corte ha poggato la dichiarazione di incostituzionalità) – degli ulteriori elementi a supporto dell'esistenza, sulla quale si tornerà con ampiezza nell'ultimo paragrafo di questo lavoro, di un residuo *marginis di intervento regionale* in questo ambito; o più che altro, ecco il punto a nostro avviso cruciale, in ambiti (e su fenomeni, in atto o magari non ancora in atto) non coincidenti bensì *contigui*¹⁹...

Come si è anticipato, la Corte ha ritenuto ammissibile e fondata la questione sull'intera legge, accertando la violazione dei primi due parametri invocati – art. 117, secondo comma, lettera h), e art. 118, terzo comma Cost. – e ritenendo «assorbita la doglianza formulata dalla difesa statale con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera g), Cost., nonché quella presentata in via subordinata sugli artt. 1, 2, commi 2, 3 e 4, 3, comma 2, lettera b), 4, comma 1, lettera a), e 5» della [legge regionale n. 34 del 2019](#).

A tale risultato il giudice costituzionale giunge attraverso un percorso argomentativo piuttosto lineare (esagerando si potrebbe dire che la motivazione è tale da condurre al massimo risultato, in termini di portata della decisione e quindi di impatto sul quadro normativo, col minimo sforzo; ma sarebbe appunto un'esagerazione, l'iter motivazionale risultando in effetti caratterizzato non solo, come si diceva, da linearità, ma anche da accuratezza e ricchezza di riferimenti).

Anzitutto, viene sgombrato il campo dall'eccezione di inammissibilità delle censure riferite all'intera legge impugnata, osservandosi come essa detti «un'articolata disciplina relativa al controllo di vicinato, definito all'art. 2, comma 2, e al quale si riferiscono tutte le altre disposizioni, con la sola eccezione dell'art. 1, che enuncia generici obiettivi di promozione della civile e ordinata convivenza nelle città e nel territorio, da attuarsi mediante la collaborazione tra istituzioni e società civile nonché attraverso la partecipazione di quest'ultima alle politiche pubbliche»: obiettivi che però «sono poi declinati dalla parte restante della legge con riferimento esclusivo – appunto – al controllo di vicinato», sicché il testo normativo «ha, dunque, un contenuto fortemente omogeneo, che ad avviso del Presidente del Consiglio dei ministri impinge nella sua globalità in competenze esclusive dello Stato, la cui allegata invasione è oggetto di puntuale analisi da parte dell'Avvocatura generale dello Stato: dal che l'ammissibilità dell'impugnativa dell'intera legge».

Conseguentemente, ci si concentra sulle censure sollevate, con riguardo all'intera legge, in riferimento agli artt. 117, secondo comma, lettera h), e 118, terzo comma, Cost., e si individua il (duplice) «*thema decidendum* [...] nel determinare se, come ritiene la difesa statale, la legge regionale impugnata incida effettivamente sulla materia dell'ordine pubblico e della sicurezza; e se, in caso affermativo, essa sia riconducibile a forme di coordinamento fra Stato e Regioni in materia di ordine pubblico e sicurezza già contemplate da una disciplina statale adottata ai sensi dell'art. 118, terzo comma, Cost.».

(e ciò in quanto la norma regionale mirerebbe a promuovere la costituzione «di una “banca dati” parallela, alimentata dagli elementi informativi forniti da enti locali che svolgono attività di controllo di vicinato, suscettibile, ancora una volta, di interferire con l'attività degli organi statali competenti», tanto più che la stessa banca dati, ai sensi del comma 2 dell'art. 5, «dovrebbe assolvere anche all'ulteriore funzione di consentire “la definizione di analisi... sulla situazione concernente le potenziali tipologie di reati ed il loro impatto sul sistema territoriale”», circostanza questa che determinerebbe «in modo eclatante» l'invasione della competenza esclusiva statale «in tema di prevenzione dei reati»).

¹⁹ ...*Contigui* (o, per riprendere un'espressione utilizzata dalla Corte proprio a tal riguardo, «*eliminari*»), forse addirittura *in parte* sovrapponibili, e tuttavia idealmente, concretamente e giuridicamente ben distinti; e conseguentemente, per vari e convergenti motivi, meritevoli di diversa considerazione anche sotto lo specifico profilo qui in discussione, quello cioè della possibilità di loro disciplina ad opera (non solo del legislatore nazionale, nonché, ciascuno nel suo ruolo, di altre istituzioni, organi e strutture dello Stato, ma anche) *del legislatore regionale* (come pure, anche nel quadro di apposite *partnership*, di altri organi della Regione e, in misura probabilmente non inferiore, di *enti locali* ed altri soggetti operanti sul territorio).

Iniziando dal primo aspetto (relativo alla violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. h), il giudice delle leggi si “appoggia” fin da subito alla [sentenza n. 285 del 2019](#), che «ha ricapitolato la giurisprudenza [della] Corte relativa alla nozione di ordine pubblico e sicurezza, approdando a esiti che meritano [...] di essere integralmente confermati».

Si ricorda così che «[l]’endiadi contenuta nella lettera h) dell’art. 117, secondo comma, Cost. allude al complesso di “funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l’integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l’esistenza stessa dell’ordinamento” ([sentenza n. 290 del 2001](#))»: funzioni che, come si è affermato appunto nella [sentenza n. 285 del 2019](#), «costituiscono una “materia in senso proprio, e cioè [...] una materia oggettivamente delimitata”, rispetto alla quale la prevenzione e repressione dei reati costituisce uno dei nuclei essenziali; materia che, peraltro, “non esclude l’intervento regionale in settori ad essa liminari”, dovendosi in proposito distinguere tra un “nucleo duro della sicurezza di esclusiva competenza statale”, definibile quale “sicurezza in ‘senso stretto’ (o sicurezza primaria)”, e una “sicurezza ‘in senso lato’ (o sicurezza secondaria), capace di ricomprendere un fascio di funzioni intrecciate, corrispondenti a plurime e diversificate competenze di spettanza anche regionale”».

Consequentemente, si ribadisce (sempre rifacendosi alla [sentenza n. 285 del 2019](#)) che, in linea di principio, alle Regioni è ben «consentito realizzare una serie di azioni volte a migliorare le condizioni di vivibilità dei rispettivi territori, nell’ambito di competenze ad esse assegnate in via residuale o concorrente, come, ad esempio, le politiche (e i servizi) sociali, la polizia locale, l’assistenza sanitaria, il governo del territorio», rientranti appunto nel genus della “sicurezza secondaria”²⁰.

A questo proposito, si aggiunge anzi «che lo stesso legislatore statale – con il decreto-legge 20 febbraio 2017 n. 14 (Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città), convertito, con modificazioni, nella legge 18 aprile 2017, n. 48 – ha dettato, in attuazione dell’art. 118, terzo comma, Cost., un’articolata disciplina volta a coordinare l’intervento dello Stato e delle Autonomie territoriali nella materia della “sicurezza integrata”, da intendersi come “l’insieme degli interventi assicurati dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province autonome di Trento e Bolzano e dagli enti locali, nonché da altri soggetti istituzionali, al fine di concorrere, ciascuno nell’ambito delle proprie competenze e responsabilità, alla promozione e all’attuazione di un sistema unitario e integrato di sicurezza per il benessere delle comunità territoriali” (art. 1, comma 2, d.l. n. 14 del 2017)».

Si chiarisce così, sempre rifacendosi testualmente alla [sentenza n. 285 del 2019](#), che «[n]el disegno del legislatore statale l’intervento regionale dovrebbe assicurare le precondizioni per un più efficace

²⁰ A tal riguardo, la Corte ricorda che alcune recenti pronunce «[i]n coerente applicazione di questi principi [...] hanno ad esempio ritenuto costituzionalmente legittime normative regionali che promuovono “azioni coordinate tra istituzioni, soggetti non profit, associazioni, istituzioni scolastiche e formative per favorire la cooperazione attiva tra la categoria professionale degli interpreti e traduttori e le forze di polizia locale ed altri organismi, allo scopo di intensificare l’attività di prevenzione nei confronti dei soggetti ritenuti vicini al mondo dell’estremismo e della radicalizzazione attribuibili a qualsiasi organizzazione terroristica” ([sentenza n. 208 del 2018](#)), che mirano a contrastare il cyberbullismo attraverso programmi di promozione culturale e finanziamenti regionali nell’ambito dell’educazione scolastica ([sentenza n. 116 del 2019](#)), o ancora ad istituire osservatori sulla legalità, con compiti consultivi e funzioni di studio, ricerca e diffusione delle conoscenze sul territorio, nonché a promuovere e sostenere la stipula di “protocolli di legalità” tra prefetture e amministrazioni aggiudicatrici per potenziare gli strumenti di prevenzione e contrasto dei fenomeni corruttivi e delle infiltrazioni mafiose ([sentenza n. 177 del 2020](#))».

Ma la Corte ricorda altresì che, in altrettanto coerente applicazione dei medesimi principi, «[s]ono state invece dichiarate costituzionalmente illegittime normative regionali suscettibili di produrre interferenze, anche solo potenziali, nell’azione di prevenzione e repressione dei reati in senso stretto, considerata attinente al nucleo della “sicurezza primaria” di esclusiva competenza statale», in tal senso potendosi segnalare, «ad esempio, la già citata [sentenza n. 177 del 2020](#), che ha annullato una disposizione regionale istitutiva di una banca dati dei beni confiscati alla criminalità organizzata esistenti sul territorio regionale, in ragione della sua interferenza con i compiti della Banca dati nazionale unica per la documentazione antimafia; la [sentenza n. 35 del 2012](#), relativa a una normativa regionale in materia di tracciabilità dei flussi finanziari per prevenire infiltrazioni criminali; la [sentenza n. 325 del 2011](#), relativa a una legge regionale che istituiva un’agenzia avente compiti sostanzialmente sovrapponibili a quelli dell’Agenzia statale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata».

esercizio delle classiche funzioni di ordine pubblico, per migliorare il contesto sociale e territoriale di riferimento, postulando l'intervento dello Stato in relazione a situazioni non altrimenti correggibili se non tramite l'esercizio dei tradizionali poteri coercitivi».

Poste tali coordinate, si osserva che la legge regionale impugnata – mirando a promuovere la «funzione sociale del controllo di vicinato come strumento di prevenzione finalizzato al miglioramento della qualità di vita dei cittadini» (art. 2, comma 1), favorendo altresì la stipula di accordi o protocolli di intesa in materia tra gli uffici territoriali di governo e le amministrazioni locali (art. 2, comma 4), sostenendone in vario modo l'attività (artt. 3 e 4), e istituendo una banca dati per il monitoraggio dei relativi risultati (art. 5)» – ha delineato un «complesso di interventi [che] ruota [tutto] attorno alla nozione di “controllo di vicinato”, definita dall'art. 2, comma 2», nei termini prima visti.

E a tale decisivo riguardo la Corte afferma, in uno snodo argomentativo cruciale, di ritenere «che – nonostante l'esplicita esclusione dai compiti del controllo di vicinato della possibilità di intraprendere iniziative per la “repressione di reati» o comunque incidenti sulla riservatezza delle persone – l'espressa menzione, nella disposizione appena citata, della “attività istituzionale di prevenzione generale e controllo del territorio”, lungi dall'alludere a mere “precondizioni per un più efficace esercizio delle classiche funzioni di ordine pubblico” ([sentenza n. 285 del 2019](#)) riconducibili alla nozione di “sicurezza secondaria”, non possa che riferirsi alla specifica finalità di “prevenzione dei reati”, da attuarsi mediante il classico strumento del controllo del territorio»: finalità che «costituisce il nucleo centrale della funzione di pubblica sicurezza, certamente riconducibile – assieme alla funzione di “repressione dei reati” – al concetto di “sicurezza in senso stretto” o “sicurezza primaria”, di esclusiva competenza statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera h), Cost.».

In aggiunta, e più puntualmente, la Corte rileva che la legge (all'art. 2, comma 4) impegna la Giunta regionale a «promuovere la stipula di accordi o protocolli di intesa tra Uffici territoriali di Governo ed enti locali “in materia di tutela dell'ordine e sicurezza pubblica”: con conseguente, ed esplicitamente rivendicata, interferenza del legislatore regionale in una materia in cui l'intervento regionale è in radice precluso, al di fuori delle ipotesi disciplinate espressamente dal legislatore statale ai sensi dell'art. 118, terzo comma, Cost. (ipotesi che, come subito si dirà, non ricorrono nella specie)».

Parimenti volta «ad affermare un ruolo della Regione nello specifico e ristretto ambito della sicurezza “primaria” riservata allo Stato, costituita dall'attività di prevenzione dei reati in senso stretto», viene dalla Corte ritenuta la previsione, di cui all'art. 5 della legge regionale impugnata, «di una banca dati regionale finalizzata anche all'analisi della “situazione concernente le potenziali tipologie di reati ed il loro impatto sul sistema territoriale” – banca dati che la stessa difesa regionale afferma dovrebbe essere alimentata, previa intesa con il Ministero dell'interno, con i “dati sull'andamento dell'attività repressiva dei reati”».

Il tutto, peraltro (e tale precisazione conclusiva ci sembra di notevole significato e primaria importanza anzitutto in sé e per sé, e poi anche nella specifica ottica di una possibile riflessione, quale quella che si tenterà di abbozzare in queste pagine, sulle eventuali future prospettive di intervento regionale nell'ambito, diciamo così, delle forme aggregative e delle attività di vicinato), «senza che risulti chiaro *quali siano i precisi ambiti materiali, distinti appunto dall'ordine pubblico e dalla sicurezza*, e in ipotesi riconducibili alla sfera di competenza regionale, *interessati dalla disciplina all'esame*»...

A integrazione dei precedenti rilievi, o forse meglio a completamento di essi (dati i profili di stretta interconnessione in parte già evidenziati), la Corte rimarca come le previsioni della legge impugnata, oltre a non apparire riconducibili, come si è appena visto, ad ambiti materiali diversi da quello dell'ordine pubblico e della sicurezza e rientranti nella sfera di competenza regionale, non appaiano nemmeno riconducibili alle forme di coordinamento fra Stato e Regioni che, in materia di ordine pubblico e sicurezza, sono state già contemplate dalla legge statale ai sensi dell'art. 118, terzo comma, Cost.

Ricorda infatti la Corte, preliminarmente, che «[i]l d.l. n. 14 del 2017 ha fissato il quadro generale delle procedure e strumenti pattizi entro il quale lo Stato e le Autonomie territoriali possono collaborare per realizzare interventi congiunti aventi ad oggetto la “sicurezza integrata” – che presuppone essenzialmente il coordinamento e lo scambio di informazioni tra forze di polizia statali e polizia urbana – e la “sicurezza urbana” – definita dalla legge statale come “il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati, l’eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura del rispetto della legalità e l’affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile [...]” (art. 4 d.l. n. 14 del 2017)».

Ciò premesso, il giudice costituzionale chiarisce e sottolinea – per così dire rigirando il coltello in alcune piaghe della disciplina impugnata – che, «tuttavia, il d.l. n. 14 del 2017 certo non conferisce alle Regioni la possibilità di legiferare con specifico riferimento alla promozione e organizzazione del coinvolgimento di “gruppi di soggetti residenti nello stesso quartiere o in zone contigue o ivi esercenti attività economiche” impegnati in attività di “osservazione, ascolto e monitoraggio” funzionali alla “prevenzione generale” e al “controllo del territorio” (art. 2, commi 2 e 3, della legge regionale impugnata): attività, tutte, inscindibilmente connesse con la funzione di prevenzione dei reati svolta dalle forze di polizia, e assai distanti da quelle espressamente menzionate dal decreto legge, che appaiono invece agevolmente riconducibili alla tutela della “sicurezza secondaria”, nell’accezione sopra precisata».

Ancora, e più in dettaglio, si ricorda, per poi trarne un ulteriore motivo di illegittimità (v. subito oltre), che «[i]l d.l. n. 14 del 2017 prevede, inoltre, che la collaborazione interistituzionale tra Stato, Regioni ed enti locali da esso disciplinata si svolga mediante precise scansioni procedurali; scansioni in concreto realizzatesi, dopo l’entrata in vigore del decreto-legge, mediante l’adozione, con l’accordo del 24 gennaio 2018 in sede di Conferenza unificata, delle linee generali delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata, in attuazione delle quali è previsto che possano essere stipulati tra singole Regioni (o Province autonome) e lo Stato specifici accordi, i quali a loro volta disciplinano gli interventi di promozione della sicurezza integrata nel territorio di riferimento. Per la sicurezza urbana, d’altro canto, il citato decreto-legge attribuisce alla Conferenza Stato-città ed autonomie locali il compito di adottare – in coerenza con le menzionate linee generali – delle linee guida (effettivamente approvate il 26 luglio 2018), alla stregua delle quali possono essere sottoscritti patti per l’attuazione della sicurezza urbana tra il prefetto e il sindaco (art. 5 d.l. n. 14 del 2017)».

Ebbene, rileva la Corte, «[l]a legge regionale impugnata disciplina invece direttamente, al di fuori del quadro istituzionale menzionato, forme di collaborazione tra Stato ed enti locali con il sostegno della Regione, in una materia di esclusiva competenza statale, in cui l’intervento del legislatore regionale è ammissibile soltanto nel rispetto delle procedure e dei limiti sostanziali stabiliti dal legislatore statale ai sensi dell’art. 118, terzo comma, Cost. (in senso conforme, [sentenza n. 134 del 2004](#), richiamata poi dalle [sentenze n. 322 del 2006](#) e [n. 167 del 2010](#))».

Da tutto ciò, conclude la Consulta, «consegue la fondatezza della censura, spiegata in via principale dal ricorrente, di illegittimità costituzionale dell’intera legge regionale impugnata: e ciò sia con riferimento all’art. 117, secondo comma, lettera h), Cost., per avere la stessa invaso una sfera di competenza esclusiva statale; sia con riferimento all’art. 118, terzo comma, Cost., per avere la legge regionale disciplinato forme di coordinamento tra Stato ed enti locali in materia di ordine pubblico e sicurezza, con il sostegno della stessa Regione, al di fuori dei casi previsti dalla legge statale, e con modalità non consentite da quest’ultima»²¹.

Nell’ultimo periodo della motivazione, la Corte costituzionale ha poi reputato utile precisare non solo che «[l]a presente pronuncia di illegittimità costituzionale riposa esclusivamente sulla ritenuta invasione, da parte della Regione, delle competenze riservate dalla Costituzione al legislatore statale»

²¹ Restano invece «assorbit[e]» – come si era anticipato – «la doglianza formulata dalla difesa statale con riferimento all’art. 117, secondo comma, lettera g), Cost.», e «quella presentata in via subordinata sugli artt. 1, 2, commi 2, 3 e 4, 3, comma 2, lettera b), 4, comma 1, lettera a), e 5 della [...] legge regionale n. 34 del 2019».

(circostanza del tutto evidente, potrebbe notarsi), ma anche – aggiungendo e dettagliando una considerazione sotto alcuni aspetti non altrettanto scontata né forse così *opportuna*, in una prospettiva costituzionale, come potrebbe a prima vista sembrare e come la stessa Corte, invero, parrebbe ritenere – che «[r]esta ferma naturalmente la possibilità, per la legge statale stessa, di disciplinare il controllo di vicinato, eventualmente avvalendosi del contributo delle stesse Regioni, come possibile strumento – funzionale a una piena attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, quarto comma, Cost. ([sentenza n. 131 del 2020](#)) – di partecipazione attiva e responsabilizzazione dei cittadini anche rispetto all’obiettivo di una più efficace prevenzione dei reati, attuata attraverso l’organizzazione di attività di ausilio e supporto alle attività istituzionali delle forze di polizia. Strumento, quello menzionato, che ben potrebbe essere ricondotto all’ampia nozione di sicurezza urbana fornita dal d.l. n. 14 del 2017, e che è del resto già oggetto, nel territorio nazionale, di numerosi protocolli di intesa stipulati dagli Uffici territoriali di Governo con i Comuni».

Tali osservazioni che la Corte ha voluto svolgere a chiusura della [sentenza n. 236](#) ci paiono confermare, ed anzi aumentare, l’interesse e la rilevanza di un tentativo di riflessione sulle future prospettive del controllo di vicinato; e, al contempo, inseriscono tra i necessari contenuti o aspetti da tenere in considerazione nell’ambito di tale riflessione alcuni elementi puntuali di una certa importanza, quali in specie: (a) il riferimento alla legge statale quale unica fonte competente a disciplinare (...*rebus sic stantibus*: v. subito oltre) il “controllo di vicinato”, (b) la specifica (e per certi versi contingente, come si cercherà di mostrare) definizione del controllo di vicinato (...definizione dalla quale, si noti, discende la conseguenza di cui al punto precedente) quale «possibile strumento [...] di partecipazione attiva e responsabilizzazione dei cittadini anche rispetto all’obiettivo di una più efficace prevenzione dei reati, attuata attraverso l’organizzazione di attività di ausilio e supporto alle attività istituzionali delle forze di polizia», (c) l’affermata (almeno in termini potenziali) funzionalità di tale strumento alla «piena attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, quarto comma, Cost.», (d) l’affermata agevole riconducibilità del medesimo strumento (così definito) «all’ampia nozione di sicurezza urbana fornita dal d.l. n. 14 del 2017», (e) la richiamata circostanza fattuale, coerente con quanto appena detto, per cui lo strumento in questione, con le caratteristiche e finalità di cui sopra, «è del resto già oggetto, nel territorio nazionale, di numerosi protocolli di intesa stipulati dagli Uffici territoriali di Governo con i Comuni».

Alla luce di queste indicazioni, ma alla luce anche di una serie di *altri* e per certi versi forse ancor più importanti elementi, dati e spunti di riflessione che possono trarsi dalle summenzionate esperienze di altri Paesi e, segnatamente, dalle analisi e dalle valutazioni che in dottrina se ne sono fatte e date, sembra utile procedere a un tentativo di ricostruzione critica delle più generali problematiche costituzionali inerenti o ricollegabili al controllo di vicinato, per poi provare a immaginare, su tali basi, quali potrebbero essere le future prospettive di regolamentazione e, più latamente, di riconoscimento istituzionale e, per dir così, di complessivo “trattamento giuridico” del fenomeno in esame, nonché eventualmente – in stretta e biunivoca relazione con tutto ciò – le sue prospettive di parziale riconfigurazione e positiva evoluzione al piano empirico delle pratiche sociali.

4.1. Le prospettive future: una riflessione preliminare sul fondamento della riserva statale in materia di ordine pubblico e sicurezza

Volendo provare a incrociare i piani di riflessione e, al contempo, prendere “di petto” uno dei nodi problematici di fondo, ci si potrebbe preliminarmente tornare a interrogare sui motivi che hanno indotto a riservare la materia della sicurezza e dell’ordine pubblico alla normazione statale, escludendo qualsiasi intervento regionale in materia (al punto da subordinare poi, all’art. 118, terzo comma, lo stesso esercizio di funzioni amministrative in tale ambito da parte delle Regioni alla definizione – anch’essa riservata al legislatore statale – e al rispetto di apposite “forme di coordinamento fra Stato e Regioni”).

Al riguardo, più che indagare le intenzioni soggettive di chi tale norma ha proposto e votato, sembra utile fare riferimento alla giurisprudenza costituzionale, allo scopo, in particolare, di individuare una chiave di lettura (riconducibile, in ultima analisi, alla *ratio* profonda della riserva) che sia in grado di spiegare – anche *al di là delle giustificazioni esplicitamente addotte dal giudice costituzionale* nelle motivazioni delle molte pronunce in materia – le apparenti oscillazioni della Corte, nel senso della maggiore o minore “apertura” nei confronti delle numerose leggi regionali che sono state impugnate dal governo nazionale per asserita violazione dell’art. 117, comma 2, lett. h), ossia per asserita invasione o lesione della sfera di competenza riservata allo Stato nel settore in questione, talora venendo poi effettivamente ritenute incostituzionali, talaltra venendo invece riconosciute dalla Corte costituzionalmente legittime.

Nell’impossibilità di procedere in questa sede ad una ricostruzione organica ed esaustiva del quadro giurisprudenziale e dottrinale, ci si limiterà – come appena anticipato – a formulare un’ipotesi²², facendo poi per brevità riferimento (solo) ad alcune decisioni che tale ipotesi aiutano a comprendere meglio²³.

L’ipotesi, assai semplice e per certi versi “scontata”, è che il motivo principale per cui in materia di ordine pubblico e sicurezza ogni intervento normativo è stato riservato allo Stato (e le stesse attività amministrative di organi non statali siano state inquadrate in, e sostanzialmente sottoposte a, forme di coordinamento a loro volta riservate alla legge statale) risieda non tanto, come spesso si afferma, in ragioni di efficienza, e nemmeno, può aggiungersi, in esigenze di “uniformità” per così dire fine a se stessa²⁴, bensì nella strutturale, intrinseca “pericolosità” di ogni intervento in tale ambito: o, più puntualmente, nella prevedibile, tendenziale possibilità, per non dire probabilità o addirittura certezza, di *ricadute di tali interventi su una serie di diritti e principi fondamentali* inevitabilmente o assai facilmente destinati a essere limitati o, appunto, messi in pericolo (direttamente o indirettamente; giuridicamente o anche solo in via di fatto; e in vario modo e misura) per effetto o comunque in conseguenza di tali interventi²⁵.

²² L’ipotesi, peraltro piuttosto lineare e assai poco cervellotica, è stata formulata avendo esclusivamente riguardo al quadro normativo e in parte, come si diceva, al quadro giurisprudenziale; naturalmente, l’eventualità che un’ipotesi simile o elementi che potrebbero più apertamente supportarla siano già stati avanzati in dottrina (o addirittura esplicitati in sede giurisprudenziale) sminuirebbe, per così dire, l’originalità dell’ipotesi (del resto, come si diceva, già di suo quasi “banale”), ma allo stesso tempo – ed è questo ciò che più conta – ne confermerebbe la plausibilità e ne rafforzerebbe il possibile credito.

²³ Si deve precisare al riguardo che è possibile reperire diverse decisioni – alcune delle quali piuttosto note e/o addirittura considerate come dei *leading cases* in materia – almeno a *prima vista* non riconducibili alla logica cui si farà qui riferimento (di ciò si renderà conto poco più avanti nel testo).

Tuttavia, è da dire anzitutto che molti di quei casi, pur avendo in essi la Corte basato il suo *reasoning* su una diversa impostazione, sembrano suscettibili di essere “rilette” in una diversa prospettiva, del tutto coerente con l’impostazione che si proporrà in queste pagine.

Quanto poi a eventuali decisioni effettivamente sorrette da argomentazioni inconciliabili con la ricostruzione in questione (decisioni la cui esistenza resta peraltro da appurare, non essendo in questa sede parso necessario andare a fondo della ricerca proprio per il motivo che si sta per dire), esse potrebbero a conti fatti – qualora si riconoscesse la bontà teorica e dogmatica e la funzionalità pratica della ricostruzione proposta – essere “declassate” a mere deviazioni occasionali (per ragioni che sarebbe poi interessante tentare di cogliere) da quello che, in tale prospettiva, *ben potrebbe e dovrebbe (continuare a) riconoscersi come il paradigma di riferimento* (con riguardo al futuro, se non sempre al passato), piuttosto che minare in radice la sua configurabilità come tale.

²⁴ Le esigenze di uniformità, che naturalmente ci sono, parrebbero essenzialmente derivare da quanto si sta per dire, e cioè dalla necessità di omogenea ed anzi eguale protezione, su tutto il territorio nazionale, non solo e non tanto (secondo quella che pare essere la prospettiva normalmente privilegiata, come si tornerà a dire) di quei diritti, beni e interessi tutelati attraverso le politiche e le attività nel campo della sicurezza e dell’ordine pubblico (non essendovi a ben vedere, *sotto questo profilo*, ragioni particolarmente forti per impedire politiche regionali in grado di *garantire maggiormente* tali diritti, beni e interessi in virtù di scelte e misure meglio calibrate sulle specificità del territorio e del contesto sociale di riferimento), ma anche e soprattutto di tutti quei concorrenti *diritti e principi fondamentali* che, invece, verrebbero messi in qualche modo e misura a repentaglio da tali politiche e attività, per loro natura (e proprio per questo motivo) particolarmente “delicate”...

²⁵ L’ipotesi, come si diceva, non pare affatto eccentrica e presenta anzi alla radice – si ritiene – elementi di assoluta ovvietà. Di recente, un breve cenno che, in dottrina, sembra suffragarla (dandola appunto sostanzialmente per scontata)

Che le attività primariamente finalizzate a tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza, da parte di soggetti pubblici o a maggior ragione (per molti versi) da parte di soggetti privati (privi della formazione, dell'inquadramento organizzativo e normativo, dei vincoli procedurali e delle particolari responsabilità penali, amministrative, disciplinari e civili proprie delle pubbliche autorità a ciò adibite), possano spesso incidere negativamente su diritti e principi fondamentali (se non "per definizione" almeno per esigenze e ragioni oggettive legate all'obiettivo perseguito e alla natura dei mezzi tipicamente ritenuti più efficaci, se non proprio necessari, ai fini del suo raggiungimento) sembra intuitivo.

Parimenti intuitivo sembra il fatto che la probabilità, il tipo e l'entità dei pericoli, delle limitazioni e delle lesioni cui si allude dipendano da una serie di fattori, variando anzitutto – per l'appunto – in riferimento alle diverse attività e modalità attraverso cui l'obiettivo in discorso può essere perseguito.

Premesso che per ovvie ragioni non si può sviluppare in questa sede una così ampia tematica *in via generale*, si può tuttavia rinviare – a puntuale specificazione ed esemplificazione, e, se mai servisse, a concreto supporto dell'affermazione di cui sopra – a quanto emergerà nelle prossime pagine con riguardo ad *alcune* delle attività finalizzate alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, e segnatamente quelle (appositamente selezionate in quanto) maggiormente pertinenti, o direttamente inerenti, all'oggetto del presente contributo: le c.d. "ronde", la videosorveglianza e, con maggiore ampiezza, lo stesso controllo di vicinato.

In tutti e tre i casi, come si vedrà, non mancano, e sono stati ben evidenziati da parte della dottrina (italiana o straniera), i pericoli e in genere i profili di tensione rispetto a una serie di diritti e principi costituzionali (nonché, si potrebbe forse dire, rispetto a una serie di "valori precostituzionali").

E d'altra parte, come si diceva, più che assolutizzare oppure approfondire e sviscerare "a tutto tondo", nelle infinite direzioni in cui essa potrebbe essere articolata e specificata, l'affermazione in questione (quella cioè della tendenziale e almeno potenziale "tensione" tra diversi diritti e principi fondamentali e molte delle attività primariamente volte a tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza), ciò che qui si vorrebbe evidenziare è proprio *la possibilità di effettuare delle distinzioni* (e, potrebbe aggiungersi, delle *gradazioni*) al riguardo; per poi (anche) *sulla base di tali distinzioni* compiere le valutazioni, richieste dall'art. 117 della Costituzione, circa la riconducibilità o meno delle varie discipline (regionali o statali) alla materia "ordine pubblico e sicurezza": valutazioni che, in questa prospettiva, dovrebbero appunto essere significativamente orientate, se non interamente determinate, (anche) dal tipo e dal grado dell'incidenza (certa o potenziale) delle attività oggetto di disciplina, se non delle discipline stesse, su tutti quei diritti e principi fondamentali che in quanto tali – ecco il punto – debbano ritenersi *insuscettibili di essere diversamente considerati* (diversamente "bilanciati", limitati, messi in pericolo, lesi ecc.) sul territorio nazionale in conseguenza, in ipotesi, delle ricadute di discipline regionali (per definizione) differenziate e dunque diversamente incidenti su tali diritti e principi.

Non ci si può nascondere, come già anticipato, che in diverse decisioni il criterio esplicitamente adottato dalla Corte per delimitare – e segnatamente per circoscrivere entro confini stretti onde non

può rinvenirsi in M. IANNELLA, *Le "sicurezze" nell'ordinamento italiano: l'allontanamento dal modello stato-centrico e l'affermazione di una rete plurale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4/2020, 154 ss., 169, precisamente nel sintetico ma pregnante passaggio in cui si afferma che «[l]o sviluppo di forme di sicurezza partecipata» – ossia, come l'A. precisava un paio di pagine prima, proprio quella "specie" di sicurezza «contraddistinta dalla partecipazione non professionale e senza fine di lucro di singoli o associati alle attività di sicurezza affidate alla singola comunità locale» (entro cui parrebbe dunque collocarsi per più versi il fenomeno del controllo di vicinato, così come già quello delle "ronde") – «è avvenuto, primariamente, nell'ambito della sicurezza in senso "stretto", in cui maggiormente intervengono le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e la conseguente riserva del potere legislativo e, in generale, coercitivo all'autorità statale»: circostanza da cui, per inciso, l'A. trae la conseguenza che, in questo ambito, «[i] margini per l'utilizzo in chiave espansiva del principio di sussidiarietà orizzontale si sono rivelati [...] assai stretti», aggiungendo – e la precisazione pare quanto mai indicativa e preziosa ai fini del presente scritto – che «[i]l tentativo di coinvolgere le associazioni nella materia ha dovuto essere reindirizzato, da un lato, verso una funzione di mero "osservatorio" e supporto – con molte cautele e garanzie – dell'attività degli organi di sicurezza di tali enti e, dall'altro, nella direzione di un *riassetto della vocazione degli stessi*, maggiormente conforme ad una concezione della sicurezza in senso "lato", *attraverso la valorizzazione delle attività – e finalità – di volontariato sociale*»....

rischiare di annientare o comprimere eccessivamente il residuo spazio di possibile intervento regionale²⁶ – l’ambito della materia “ordine pubblico e sicurezza”, e conseguentemente per valutare se determinate norme regionali avessero invaso o meno tale ambito (con ciò indirettamente illuminando, come si accennava, la *ratio* profonda della riserva di cui all’art. 117, comma 2), sia stato *un altro*.

È noto infatti come in più occasioni la Corte – dopo aver in linea generale ricollegato, già dalla sentenza n. 77 del 1987, la nozione di sicurezza (*rectius*: di “pubblica sicurezza”) alla «funzione inerente alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell’ordine pubblico» (a conferma dello strettissimo intreccio tra i due termini del sintagma oggi accolto nella più volte citata norma costituzionale: una “endiadi”, come la stessa Corte ha affermato quasi a volersi cavare d’impaccio; un “nodo gordiano” o un “intrico concettuale”, come hanno detto altri²⁷) – abbia individuato

²⁶ ...in virtù, anzitutto e se non altro, dell’esplicita esclusione della “polizia amministrativa locale” dall’area di intervento normativo dello Stato; ma in virtù anche della necessità di rispettare e tutelare molte altre competenze regionali che verrebbero indebitamente ridimensionate o addirittura «vanificate» in conseguenza di una «smisurata dilatazione» della nozione di sicurezza (e, pertanto, dello “spazio normativo” riservato allo Stato e sottratto alle Regioni): cfr. in quest’ordine di idee già la [sentenza n. 290 del 2001](#), da cui sono tratte le parole citate.

Anche a prescindere dalle ricadute negative di un allargamento dell’estensione della riserva statale in materia di ordine pubblico e sicurezza sull’estensione di altre, specifiche materie di competenza regionale, vi sarebbe poi da riflettere su quale ruolo, *compatibilmente con la riserva statale*, possa o addirittura debba riconoscersi alle Regioni in tema di sicurezza (o, se si preferisce, con “riflessi” sul piano della sicurezza) *a prescindere dal puntuale riferimento ad altri titoli di competenza* delle medesime; e, piuttosto, sul solo presupposto della necessità di non precludere alle “comunità politiche” regionali (come pure, in diverse forme, a quelle locali) la possibilità, se non il dovere, di concorrere, nell’esercizio delle rispettive funzioni, alla più piena tutela, realizzazione e attuazione anche e proprio di quegli stessi diritti e principi fondamentali, e di tutti quegli altri beni di primaria importanza che alla nozione di “sicurezza”, per espresso riconoscimento del giudice delle leggi, strettamente si ricollegano... (spunti di riflessione in questa prospettiva sono rinvenibili – si noti – già nella [sentenza n. 2 del 1956](#) della Corte costituzionale, in un passaggio che si citerà nella prossima nota, nonché, più di recente e in modo ancor più diretto, in un importante passaggio della [sentenza n. 35 del 2012](#) su cui invece torneremo più avanti, nella nota 145).

Appena il caso di ricordare, in attesa di tornare sul punto, come sia ormai assodata in dottrina e consolidata anche nella giurisprudenza costituzionale la *distinzione tra diverse nozioni di sicurezza* (quantomeno e a grandi linee: “primaria” e “secondaria”, o, in altri termini, “in senso stretto” e “in senso lato”), potendosi anzi ipotizzare in proposito la possibilità di adottare un approccio forse ancor più “analitico”, tale da consentire una più puntuale articolazione e dunque una maggior precisione concettuale, e conseguentemente tale da agevolare riflessioni (...e motivazioni) forse più complesse ma più “nitide”, coerenti ed efficaci con riguardo alle spinose e controverse tematiche in questione.

Sulla complessa problematica cfr. anzitutto T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, Bononia University Press, 2010 (ove tra l’altro si allarga il discorso con riferimenti anche alla sicurezza sanitaria, sociale, ambientale, finanziaria e dei mercati), ID. (cur.), *Politiche della sicurezza e autonomie locali*, Bologna, Bononia University Press, 2010, e G. COCCO (cur.), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, Giuffrè, 2012, G.G. NOBILI, T.F. GIUPPONI, E. RICIFARI, N. GALLO (curr.), *La sicurezza delle città. La sicurezza urbana e integrata*, Milano, Franco Angeli, 2018, nonché, per alcuni cenni sulle diverse “declinazioni territoriali” della sicurezza nelle molte leggi regionali “in materia”, A. MUSUMECI, *Sicurezza e ordinamento regionale: una analisi comparata della legislazione regionale*, in A. PAJNO (cur.), *La sicurezza urbana*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2010.

²⁷ Così G. FAMIGLIETTI, *Il patrocinio legale a spese della Regione nel quadro del “magnetismo securitario” (a partire da Corte cost. n. 285 del 2019)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 17 aprile 2020, 171, ove si ricorda come «già nella storica [sent. n. 2/1956](#) la Corte ave[ss]e evitato di risolvere il problematico rapporto tra i due termini (anche perché allora l’“ordine pubblico” non trovava menzione nel testo costituzionale), limitandosi a declinare il significato di “sicurezza”, anzitutto escludendone l’interpretazione, inammissibilmente angusta, che l’avrebbe voluta relegata alla sola incolumità fisica, parendo al contrario conforme allo spirito della Costituzione dare alla parola “sicurezza” “il significato di situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza. Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l’“ordinato vivere civile”, che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico».

Sono note, e non possono essere qui richiamate se non in minima parte, le successive tappe attraverso cui, soprattutto in conseguenza della riforma del Titolo V, la Consulta ha poi – in qualche modo costretta dalla necessità di individuare il confine tra competenze statali e competenze regionali – sviluppato e articolato maggiormente la propria ricostruzione della nozione (o meglio, come si diceva, delle nozioni) di sicurezza (e ordine pubblico).

Sulle più risalenti tra tali tappe può comunque rinviarsi, se non altro, ai ricchi volumi (anche collettanei) citati nella nota precedente, mentre quelle più recenti sono individuabili, nella maggiore e più importante parte, proprio a partire

l'elemento "decisivo" ai fini summenzionati – in breve: riconduzione o meno di una determinata disciplina alla materia "ordine pubblico e sicurezza" ex art. 117, comma 2 – nella finalizzazione (nell'oggettiva funzionalizzazione, dovrebbe forse più rigorosamente dirsi; ma talora le stesse intenzioni e le più o meno contingenti implicazioni teoriche e politiche di determinati interventi normativi regionali sembrano, non a caso, aver assunto un certo rilievo...²⁸) della disciplina in questione alla protezione e in genere alla «tutela dei beni giuridici fondamentali o degli interessi pubblici primari sui quali si regge la civile convivenza»: così, per la prima volta, e per così dire "ante litteram", la sentenza n. 115 del 1995, alla quale risulta chiaramente ispirata – prima che si proseguisse sulla stessa linea con la riforma del Titolo V e la pertinente giurisprudenza costituzionale – la definizione normativa di cui all'art. 159, comma 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, secondo cui le «funzioni ed i compiti amministrativi relativi all'ordine pubblico e sicurezza pubblica [...] concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni».

Di tale approccio, consapevolmente valorizzato dalla stessa Corte, vi è traccia di recente nella [sentenza n. 116 del 2019](#), ove si ricorda che, «secondo un orientamento costante della giurisprudenza costituzionale, la competenza dello Stato in materia di ordine e sicurezza pubblica riguarda le funzioni dirette a tutelare interessi fondamentali, quali l'integrità fisica e psichica delle persone, o la sicurezza dei beni» (corsivo aggiunto), e nella stessa [sentenza n. 236 del 2020](#), punto di partenza delle presenti riflessioni, nel già citato passaggio in cui, ricollegandosi testualmente alla [sentenza n. 290 del 2001](#), si ribadisce che «[l]'endiadi contenuta nella lettera h) dell'art. 117, secondo comma, Cost. allude al complesso di "funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento"»²⁹.

dalle citazioni presenti negli ultimi interventi in materia della Corte (in dottrina, poi, alcuni mirati e molto pertinenti cenni in proposito sono rinvenibili – oltre che nel citato volume a cura di G.G. NOBILI, T.F. GIUPPONI, E. RICIFARI, N. GALLO (curr.), *La sicurezza delle città. La sicurezza urbana e integrata* – nello stesso scritto di G. FAMIGLIETTI sopra menzionato e in quello, richiamato in una delle note precedenti, di M. IANNELLA, *Le "sicurezze" nell'ordinamento italiano: l'allontanamento dal modello stato-centrico e l'affermazione di una rete plurale*, cit.).

²⁸ Possono ricordarsi in questo senso i passaggi della [sentenza n. 172 del 2017](#) in cui la Corte – nell'ambito di un giudizio vertente su una legge della Regione Liguria (la legge regionale 5 luglio 2016, n. 11) che, analogamente a quelle di alcune altre Regioni, aveva, sull'onda di note prese di posizione e polemiche politiche a livello nazionale, previsto la concessione del «patrocinio a proprie spese nei procedimenti penali per la difesa dei cittadini che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, siano indagati per aver commesso un delitto per eccesso colposo in legittima difesa, ovvero assolti per la sussistenza dell'esimente della legittima difesa» – segnalava come, «[a]nche a prescindere dalla correttezza dell'interpretazione prospettata dal ricorrente (secondo cui il beneficio [in discussione] verrebbe accordato anche ai condannati)», risultasse decisiva la circostanza che fosse lì «in questione la concessione di un sostegno economico ai cittadini che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, affrontano un procedimento penale con l'accusa di aver colposamente ecceduto i limiti della legittima difesa», e ciò in quanto «[t]ale concessione è manifestazione di un indirizzo regionale in tema di prevenzione dei reati e di contrasto alla criminalità [...] che necessariamente incide sulla percezione dei consociati circa l'atteggiamento, in questa materia, delle autorità pubbliche»: sicché, come la Corte esplicitamente riconosceva, «[è], dunque, la ratio ispiratrice della disposizione ad interferire anche con la materia "ordine pubblico e sicurezza"», dal momento che, «[a]ttraverso il sostegno economico nel procedimento e nel processo è, infatti, incoraggiato (o non scoraggiato), in ambito regionale, il ricorso alla "ragion fattasi"»...

²⁹ Si noti come la Corte, poco dopo aver affermato ciò, quasi tradendo una certa percezione dei limiti teorici e pratici di tale approccio, aggiunge, in quello che potrebbe leggersi come un tentativo (solo in parte riuscito, a nostro avviso) di compensare tali limiti definitivi (e le relative implicazioni negative in termini di incertezza o, soprattutto, di eccessiva dilatazione della competenza statale), che una simile ricostruzione della materia di cui all'art. 117, comma 2, lett. h (materia «rispetto alla quale la prevenzione e repressione dei reati costituisce uno dei nuclei essenziali»), «peraltro, non esclude l'intervento regionale in settori ad essa liminari», dovendosi in proposito distinguere tra un «nucleo duro della sicurezza di esclusiva competenza statale», definibile quale «sicurezza in "senso stretto" (o sicurezza primaria)», e una «sicurezza "in senso lato" (o sicurezza secondaria), capace di ricomprendere un fascio di funzioni intrecciate, corrispondenti a plurime e diversificate competenze di spettanza anche regionale»...

E si noti come, in tale prospettiva, lo strumento logico e argomentativo apparentemente designato – nella giurisprudenza successiva al 2001 – a definire i contorni ed evitare lo “smisurato ampliamento” della nozione di sicurezza (e, conseguentemente, l’altrettanto smisurata estensione della competenza statale con connessa, speculare contrazione delle competenze regionali) sia stato quello incentrato, più che sulla natura preventiva e/o repressiva delle misure adottate (ben potendo, *a determinati fini*, tali caratteristiche essere proprie anche di misure introdotte a livello regionale o addirittura locale), *sulla limitatezza e peculiarità dei beni ai quali le politiche e le funzioni di sicurezza sarebbero finalizzate*, ovvero i soli beni primari ed essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile (dall’integrità fisica delle persone alla stabilità delle istituzioni), e non tutti quegli altri interessi pubblici il cui perseguimento potrebbero invece essere “lasciato”, in via esclusiva o concorrente, a enti regionali e/o locali³⁰.

Ebbene, sembra possibile dubitare che, nonostante la presenza di esplicite affermazioni della Corte nel senso appena indicato, questo sia stato e sia l’unico o comunque il migliore criterio adottato e adottabile ai fini in questione.

E, più precisamente, sembra possibile scorgere nelle pieghe della giurisprudenza costituzionale, e prima ancora nella “logica del sistema”, (anche) un criterio differente: e cioè, come si accennava, quello che (ponendosi non necessariamente in contraddizione con il criterio poc’anzi ricordato o con altri, ma a decisiva integrazione di essi) fa perno – ai fini, a monte, dell’individuazione del “vero” fondamento teorico della riserva statale; e dunque, a valle, della scelta pratica se apporre o meno, di volta in volta, l’“etichetta” di cui alla lett. h) del comma 2 dell’art. 117 a una determinata normativa regionale o statale, con le intuitive conseguenze che da ciò potranno discendere in ordine alla sua legittimità – sulla circostanza che la normativa in discussione *possa o non possa incidere negativamente su diritti e principi di rilievo costituzionale* che risultino in qualche senso, modo e misura contrapposti o concorrenti rispetto alle finalità securitarie alla base di essa e/o che sarebbero concretamente messi a repentaglio, o senz’altro destinati a essere lesi, dagli specifici mezzi prescelti per il perseguimento di tali finalità.

Tale chiave di lettura – che, come può intuirsi, ben spiegherebbe l’atteggiamento particolarmente rigoroso della Corte con riguardo alla legge regionale veneta sul controllo di vicinato (proprio in ragione di quei profili costituzionalmente problematici del fenomeno che si esamineranno più in dettaglio nelle prossime pagine, e che esattamente al rischio di compromissione di taluni diritti e principi fondamentali sembrano riconducibili) – risulta a nostro avviso pienamente coerente con alcune precisazioni rinvenibili nella giurisprudenza più recente della Corte. Precisazioni che, in apparente contrasto con (o, almeno, a forte ridimensionamento di) quanto affermato in precedenza, chiariscono che, seppure come si è ricordato il perseguimento di «interessi pubblici primari», quali in particolare quelli «essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile», rappresenti la cifra distintiva degli interventi riconducibili alla materia “ordine pubblico e sicurezza” e dunque degli interventi riservati allo Stato, nondimeno «[l]a potestà legislativa regionale può essere esercitata *non solo per disciplinare generici interessi pubblici, come pure affermato nella [sentenza n. 290 del 2001](#)*,

Da ciò, come si accennava, il sorgere di ulteriori interrogativi e, si ritiene, la conseguente necessità di reperire (anche) un *altro* criterio in grado di orientare maggiormente il legislatore e, alla bisogna, il giudice costituzionale nel delicato compito di individuare, in astratto e in concreto, il confine tra – in sostanza – ciò che può essere deciso e disposto solo a livello nazionale e ciò che può invece essere disposto a livello regionale.

³⁰ Così già, con particolare nettezza, la citata [sentenza n. 290 del 2001](#), ove appunto si precisava che la summenzionata definizione di cui all’art. 159, comma 2, del d.lgs. n. 112 del 1998 «nulla aggiunge alla tradizionale nozione di ordine pubblico e sicurezza pubblica tramandata dalla giurisprudenza di questa Corte, nella quale la riserva allo Stato riguarda le funzioni *primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l’integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l’esistenza stessa dell’ordinamento*», essendo dunque «in questo senso che deve essere interpretata la locuzione “interessi pubblici primari” utilizzata nell’art. 159, comma 2: *non qualsiasi interesse pubblico alla cui cura siano preposte le pubbliche amministrazioni, ma soltanto quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile*» (e ciò, come si diceva, allo scopo di «impedire che una smisurata dilatazione della nozione di sicurezza e ordine pubblico si converta in una preminente competenza statale in relazione a tutte le attività che vanificherebbe ogni ripartizione di compiti tra autorità statali di polizia e autonomie locali»).

ma anche per garantire beni giuridici fondamentali tramite attività diverse dalla prevenzione e repressione dei reati ([sentenza n. 300 del 2011](#))»³¹, come tali potendosi e dovendosi a nostro avviso intendere – ecco il punto – non solo le tipiche attività “di polizia” (o, naturalmente, giurisdizionali) svolte attraverso l’esercizio dei propri poteri caratteristici dalle autorità di pubblica sicurezza e dalla magistratura, ma anche, come numerose sentenze della Corte paiono confermare, *altre* attività; e precisamente – sembra di poter dire proprio leggendo tra le righe della giurisprudenza, ma soprattutto del complessivo quadro costituzionale – tutte quelle attività (in vari sensi e modi di prevenzione, controllo, monitoraggio, sorveglianza, vigilanza, protezione, contrasto o “lotta” alla criminalità, all’illegalità, alla delinquenza, all’inciviltà e... chi più ne ha più ne metta) che alle attività di prevenzione e repressione dei reati nelle forme “classiche” risultino almeno in certa misura *accostabili*, segnatamente in ragione (oltre e forse più che di altre circostanze maggiormente valorizzate ed enfatizzate nella motivazione di diverse sentenze) della *comune attitudine, almeno potenziale, a incidere negativamente – in modo più o meno diretto e più o meno accentuato – su libertà, diritti e principi fondamentali di rilievo (anzitutto) costituzionale*.

4.2. *Profili costituzionalmente problematici del controllo di vicinato sul piano sostanziale e opportunità di un ripensamento critico e di una “riconfigurazione” del fenomeno.*

Ecco perché, per provare a ragionare sulle possibili future sorti normative, e non solo normative, del fenomeno o forse meglio dei fenomeni usualmente richiamati dall’espressione “controllo di

³¹ Così il punto 2.3 del *Considerato in diritto* della [sentenza n. 285 del 2019](#).

Con riguardo alla citata [sentenza n. 300 del 2011](#) si consenta il rinvio a V. SCIARABBA, *Spunti di indagine e di riflessione sulle e dalle misure comunali e regionali di contrasto “totale” al gioco d’azzardo (e alla pandemia) nella prospettiva costituzionale*, in [Il diritto pubblico della pandemia](#), in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta OnLine, Genova, 2020, II, 191 ss.

Per quanto qui interessa, tale sentenza merita di essere ricordata per l’affermazione, ivi contenuta, secondo cui «[l]a semplice circostanza che la disciplina normativa attenga a un bene giuridico fondamentale non vale, dunque, di per sé, a escludere la potestà legislativa regionale o provinciale, radicando quella statale».

Da notare però che, in quell’occasione, la Corte fece esclusivamente perno, ancora una volta, sul criterio dei beni o interessi *tutelati* dalla disciplina regionale, sottolineando come nel caso di specie questi, pur coincidendo con beni giuridici fondamentali o interessi pubblici primari, non rientrassero in quella specifica e *ancor più ristretta categoria di interessi primari* il perseguimento della cui tutela sarebbe motivo di riconduzione alla nozione di sicurezza ex art. 117, comma 2 lett. h) degli interventi normativi a ciò finalizzati, tale più ristretta categoria includendo «unicamente gli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile».

E tutto ciò – si noti ancora – sulla base di una precisa considerazione, ritenuta dalla Corte “evidente” (ma è proprio questo il punto che, guardando il problema da quest’angolazione, si vuol qui mettere in discussione, in virtù della possibilità di individuare e “mettere in campo” un “criterio di discernimento”, e quindi di reciproca delimitazione delle competenze esclusive statali e delle competenze regionali, ulteriore e diverso da quello richiamato dalla Corte nei passaggi poc’anzi citati): considerazione secondo la quale, «diversamente opinando [cioè non facendo ricorso al criterio prima indicato dalla Corte], si produrrebbe una smisurata dilatazione della nozione di sicurezza e ordine pubblico, tale da porre in crisi la stessa ripartizione costituzionale delle competenze legislative, con l’affermazione di una preminente competenza statale potenzialmente riferibile a ogni tipo di attività»...

... Laddove invece, come si accennava, per impedire una simile dilatazione delle competenze statali e riconoscere i giusti spazi di intervento del legislatore regionale forse avrebbe potuto e potrebbe farsi ricorso all’ulteriore e differente criterio qui proposto, e cioè quello che, oltre e più che guardare ai beni, ai diritti e agli interessi *tutelati e perseguiti* dalla disciplina “incriminata”, guarda ai beni, ai diritti e agli interessi *da essa messi a repentaglio*, chiaramente allo scopo di ampliare i margini di intervento regionale (attraverso l’affermazione della non riconducibilità delle relative norme alla materia “ordine pubblico e sicurezza”, riservata allo Stato) dove limitato sia il pericolo e il “peso costituzionale” di tali beni, diritti e interessi, e restringendo gli stessi margini dove maggiore sia il pericolo di loro lesione o compressione e/o il loro rilievo dal punto di vista costituzionale... (...rilievo da cui in quest’ottica primariamente discenderebbe – appena il caso di esplicitarlo – la necessità di riservare alla normazione o almeno al coordinamento dello Stato ogni intervento “securitario” suscettibile di avere ricadute negative o “effetti collaterali” su altri piani, e segnatamente, per l’appunto, sul piano costituzionale... mentre specularmente si andrebbero ad aprire più ampi spazi di intervento regionale laddove simili ricadute negative o “effetti collaterali” non vi siano, o appaiano di scarso peso... secondo quanto una rilettura in questa diversa prospettiva della [sentenza n. 300 del 2011](#), e di molte altre, potrebbe ben mostrare).

vicinato” sembra molto utile porsi almeno qualche domanda su quali siano le principali problematiche costituzionali a tali fenomeni inerenti o ricollegabili.

E, per farlo, si ritiene sensato e proficuo fare riferimento anzitutto ad alcune informazioni riportate e ad alcune riflessioni maturate dalla dottrina di quei Paesi che tali fenomeni hanno visto nascere e, almeno fino a un certo punto, diffondersi.

In aggiunta, sembra possibile trarre alcuni utili spunti o, per così dire, insegnamenti da riflessioni e valutazioni maturate *a livello interno* con riguardo non alla tematica di nostro diretto interesse – a quanto risulta fino ad oggi totalmente trascurata dagli studiosi di diritto costituzionale e poco indagata anche da cultori di altre discipline giuridiche, oltre che ignorata dalla giurisprudenza – ma ad altri fenomeni e problemi più “familiari” che, seppur diversi, presentino sotto alcuni profili delle analogie, almeno parziali, con il controllo di vicinato, inducendo quindi a interrogarsi sulla possibilità di mutuare ed estendere, *mutatis mutandis*, a tale fenomeno alcune di quelle riflessioni e valutazioni, o comunque di tenerne conto.

Iniziamo dunque dagli spunti che possono trarsi da una pur sommaria analisi delle esperienze straniere e della dottrina che su di esse si è soffermata, lasciando in questa sede sullo sfondo la circostanza, peraltro di enorme rilievo, che il fenomeno nel complesso si è rivelato assai poco efficace nel raggiungere i suoi obiettivi dichiarati.

Volendo individuare e stigmatizzare fin da subito una delle principali criticità di fondo del fenomeno del controllo di vicinato si può fare riferimento a quanto acutamente osservato già nelle prime righe (e poi ampiamente illustrato e argomentato nelle successive pagine) di quello che – al netto di alcune differenze di contesto che fortunatamente consentono di lasciare in secondo piano taluni approfondimenti ricollegabili alle specificità della legislazione americana, o meglio delle legislazioni americane (in particolare quanto alla possibilità di portare armi, alla disciplina della legittima difesa e al riconoscimento del principio dello “Stand Your Ground”) – si ritiene essere uno tra gli studi più ricchi e stimolanti sul tema in questione nella prospettiva costituzionalistica³²: e cioè che il controllo di vicinato, sebbene spesso «touted as a positive community-based crime prevention tactic, can actually be a source of abuse given its inherent exclusionary bias»³³.

E questo ancor più alla luce di quelle poc’anzi accennate peculiarità del contesto normativo americano; ma, ecco il punto, anche *a prescindere* da tali peculiarità. Le quali in effetti, per parte loro, non fanno altro che moltiplicare e accentuare “a valle” tendenze e pericoli (come si diceva) *inerenti al fenomeno*, pur potendo forse in aggiunta – si deve riconoscere – contribuire in certa misura (al pari, peraltro, di altri non meno influenti fattori politici, culturali e sociali oggi ampiamente riscontrabili, purtroppo, pure nel contesto italiano) a distorcere ulteriormente, “a monte”, le stesse concezioni e rappresentazioni individuali e collettive circa la “natura” (...le finalità, la fisionomia, i possibili strumenti...) del controllo, e dunque circa i poteri e doveri di chi se ne fa carico.

In questa prospettiva, si osserva acutamente che, sebbene l’esistenza di gruppi molto differenti dimostri come vi siano tanto esempi negativi quanto esempi positivi di controllo di vicinato, gli esempi negativi mostrano «*a danger that lurks in all watch groups, if unregulated*»: e ciò in quanto il problema di fondo non risiederebbe nel fatto che più o meno occasionalmente alcuni gruppi abbiano abusato o abusino dei propri poteri, ma nella circostanza che anche gli esempi positivi di controllo di vicinato «*still carry an inherent bias against members of their communities whom the groups deem to be undesirable*»³⁴.

³² A. JOHNSON, *Neighborhood Watch: Invading The Community, Evading Constitutional Limits*, in *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 2016, 459 ss.

³³ *Ibidem*, 460.

Più avanti (a p. 463) l’A. afferma che, «given the proliferation of Watch groups, the fact that none are regulated, many are armed, and all are inspired by a keep-out-the-bad-guy mentality that is unconstrained by the Fourth Amendment, it becomes virtually impossible to distinguish those groups that are founded for a malicious purpose from those with virtuous intent but unintended malicious consequences». In altri passaggi, si ragiona di un «*inherently exclusionist intent of community crime prevention*» (468) e si ribadisce (e precisa) che «[n]eighborhood Watch groups possess an *inherent suspicion of the “other,” which often tend to be minority groups*» (479).

³⁴ *Ibidem*, 471 (corsivi aggiunti, come sempre ove non diversamente indicato).

E in effetti, come è stato osservato, sebbene il concetto di comunità e l'idea di associazione di vicinato siano entrambe nozioni positive, esse recano con sé un "pericolo insidioso", derivante dal fatto che in esse «there is an *inherently exclusionist undertone* that is *necessary* for defining any community. If the ideal community creates and provides for an "us," who is "them"? There must be a boundary dividing "us" from "them" because if there were no distinctions, no boundaries, and no exclusions, then there would be no "us." Everyone would be part of an undifferentiated whole». ³⁵

A ciò si aggiunga, su un piano più generale, che la prospettiva "esclusionista" non si limita ad operare in riferimento al *fattore razziale*, secondo quanto, peraltro, risulta ampiamente (e non solo nel contesto americano). Al di là di tale relevantissimo aspetto, infatti, si è evidenziato come vi sia una tendenza, per così dire trasversale, a creare una associazione tra lo *status socio-economico* delle persone e l'insorgenza di problemi sociali, in tutti i gruppi etnici essendosi riscontrata la propensione a considerare le persone con *basso reddito*, *basso livello di istruzione*, e *situazioni occupazionali instabili* come vicini non desiderabili: e ciò in ragione, in particolare e in ultima analisi, della loro ritenuta *divergenza rispetto ai valori sociali dominanti*.

E sembra intuitivo come l'evidente discrasia tra tale modo di vedere le cose (e le persone) ed i più basilari principi (anche) costituzionali assuma sul piano pratico un "peso" quantitativamente molto maggiore e sul piano teorico un rilievo qualitativamente differente, tale da imporre di tenerne conto nella riflessione dottrinale e nell'ambito di eventuali discipline legislative, nel momento stesso in cui le distorte logiche in questione, oltre alle recondite visioni e pulsioni e al limite le condotte "private" ed isolate di singole persone, vadano ad informare – a partire dalla relativa concezione e genesi fino alle specifiche modalità e finalità associative ed alla concrete dinamiche operative – soggetti *collettivi* ed attività *organizzate* quali quelli e quelle che caratterizzano il controllo di vicinato, oggetto per di più, normalmente, di *riconoscimento istituzionale* con l'attribuzione di un ruolo latamente collaborativo e di una più o meno diretta ed incisiva capacità di influenza rispetto alle stesse attività delle forze dell'ordine.

Soprattutto, e ancor più in generale, si è osservato come la "preservationist theory" crei una associazione tra i problemi del vicinato (quali ad esempio, in quest'ordine di idee, l'aumento nel "turnover" dei residenti oppure «a softening of the real estate market») e quei «*particular residents that represent the "outsiders" to the local community*».

Alla radice, si è notato come «[t]his is an "us" defined in part by blaming the problems "we" are experiencing, or might experience, on "them"» (ed è appena il caso di tornare a osservare, più nello specifico, che, per quanto siano numerose le caratteristiche che tipicamente rendono certi gruppi sgraditi e dunque oggetto di un più assiduo controllo e, in ultima analisi, di emarginazione se non anche di più aggressive condotte discriminatorie e/o invadenti forme di pressione, «of all the outsider groups Black people tend to be the most undesirable») ³⁶.

Dal fatto che una «inherent exclusionist agenda» caratterizzi una vasta parte, se non addirittura la totalità, delle organizzazioni di controllo di vicinato, si è così giunti a individuare «the crucial legal and sociological issue» nella questione del *come* i gruppi di controllo individuino «what is "suspicious," who the "outsider" is, and who is the source of the problems in the neighborhood».

E la prevedibile conclusione – tratta in riferimento al contesto americano ma agevolmente estensibile ad altri contesti – è che «[r]acial bias and unconstitutional animus seem deeply rooted in those issues» ³⁷.

In altri (e a nostro avviso quanto mai perspicui) termini, illuminanti anche per come si chiarisce e si pone in evidenza il legame tra, per così dire, le premesse teoriche e le conseguenze pratiche del fenomeno, si è evidenziato come la (paura della, e la "lotta" alla) delinquenza – o meglio, potrebbe precisarsi, un certo tipo di delinquenza – abbia svolto «a *unique* unifying function within a neighborhood», tale per cui individui che la pensano allo stesso modo si uniscono (solo, o comunque prioritariamente) per *definire e controllare* i comportamenti da loro ritenuti accettabili o inaccettabili

³⁵ *Ibidem*, 464.

³⁶ *Ibidem*, 465.

³⁷ *Ibidem*, 466.

e per cercare di allontanare o comunque marginalizzare le persone reputate, su tali basi, non desiderabili: come efficacemente si è detto, «[t]he goal remains to *protect the inside by insulating it from the outside*, and the use of *exclusionary tactics* is a *common way to meet that goal*».

E a ulteriore, ancor più esplicito chiarimento del concetto (e del problema) di fondo si è osservato che il concetto di “comunità” a livello di vicinato «*is often built upon the underlying notion that outsiders and strangers are bad for the neighborhood*», essendo costoro diffusamente percepiti e primariamente visti, nella martellante “narrazione” che emerge dai vari testi e soprattutto dai tipici contenuti delle comunicazioni e delle segnalazioni che caratterizzano l’attività dei gruppi di controllo, come la fonte del crimine: con la grave conseguenza – direttamente ricollegabile a quel «“us” versus “them” impetus behind these collective actions» – che «“[p]rotecting” the neighborhood’s community then becomes *an exclusionary tactic that has an anti-minority, anti-poverty, and anti-“other” dimension*»³⁸, risultando su tali basi “non sorprendente” che il controllo di vicinato abbia causato e continui a causare seri problemi sotto molteplici profili, in parte già accennati e in parte oggetto di analisi e riflessione *in prosieguo*.

Ed uno dei problemi forse più gravi – che contribuisce largamente a spiegare il tendenziale insuccesso del controllo di vicinato anche rispetto all’obiettivo collaterale, spesso sbandierato, di rafforzare i legami personali tra vicini e di aumentare la coesione sociale, l’integrazione e la solidarietà all’interno della comunità di riferimento – risiede nel fatto che questa sua intrinseca tendenza “esclusionista” non solo contribuisce, in modo particolarmente accentuato nelle aree caratterizzate da maggiore omogeneità sociale, a determinare quello che è stato efficacemente definito «l’effetto del *fortino assediato*»³⁹, ma nelle aree socialmente meno omogenee produce anche – come si era iniziato ad accennare – un effetto divisivo *all’interno* della stessa area e della stessa comunità che è protagonista, e però al tempo stesso (in altre sue parti)... *oggetto*, del controllo.

È stato osservato, infatti, che «*preservationists [often] unite against “bad elements” of their own community and their organizations*»⁴⁰, la delinquenza (o, più che altro, la paura della delinquenza, e la diffidenza se non l’aperta ostilità nei confronti di chi si ritiene o si sospetta possa esserne in vario modo partecipe, o causa, o concausa) diventando così «*a unifying force*» – ma per ciò stesso, guardando l’altro lato della medaglia, un elemento di divisione e lacerazione sociale – «*within, and not across, community groups*»⁴¹...

...Da tutto ciò discendendo, in ultima analisi, la tendenza dei gruppi di controllo a generare situazioni molto pericolose e/o comunque problematiche da un punto di vista costituzionale, proprio in ragione dell’essere tali gruppi fondati «*on the assumption that what is “different” is inherently suspect and dangerous*»: assunto questo che, come può notarsi anche solo da un rapido esame dei testi di riferimento altrove citati, rappresenta in effetti “la norma” del controllo di vicinato già su un piano teorico, risultando poi intuitivo come nella prassi un simile approccio non possa che essere ulteriormente rafforzato e per così dire estremizzato.

E ciò ancor più in conseguenza dei «*faulty linkages*» stabiliti «*between the presence of minorities and those of low socioeconomic status and the rise in crime*», secondo quanto attestato da «*many of the practices of Neighborhood Watch programs*»: pratiche da cui emerge, ecco sinteticamente il punto (o meglio i punti), che non solo «*have there been reports of Watch programs targeting, and sometimes even assaulting, minority groups*», ma «*the Watch groups themselves may not even be representative*

³⁸ *Ibidem*, 467.

³⁹ M. BARDI, *Riflessioni di criminologia generale circa alcuni aspetti del problema della insicurezza contemporanea*, in *Crimen et Delictum*, VI, 2013, 75 ss., 103.

⁴⁰ W.G. SKOGAN, *Community Organizations and Crime*, in *Crime&Just*, vol. 10, 1988, 39-78, spec. 47.

⁴¹ Così A. JOHNSON, *op. cit.*, 466, nota 45. «[T]hat Neighborhood Watch groups are *socially divisive*, and *often consist of a small, unrepresentative section of the community*» è quanto – cogliendo un nodo problematico a nostro avviso assolutamente centrale – era stato già da tempo osservato, come si ricorda nel medesimo scritto (p. 490, nota 239), da uno dei maggiori studiosi del fenomeno, Trevor Bennett (cfr. in particolare T. BENNETT, *Evaluating Neighborhood Watch in Cambridge Studies in Criminology LXI*, Gower, 1990).

of their communities»⁴², entrambi i problemi risultando, con assoluta evidenza, di non poco conto nell'ottica del diritto costituzionale (e non solo).

Ancora, si è acutamente affermato che il controllo di vicinato, anche all'interno della sua stessa comunità di riferimento, «by implication polarizes social conflict: property owners against the property less; employed against unemployed; family, home, and community against the individual outsider; law abider against lawbreaker; morally strong against the sinfully weak»⁴³.

Tirando le fila, sembra potersi condividere e “rilanciare” la considerazione per cui, se l'offuscamento del confine tra il ruolo dei privati cittadini e il ruolo delle forze di polizia («blurring the lines between the role of civilian and police») è stato ed è un problema evidente in relazione al (sotto)fenomeno dei «Citizen Patrols» (fenomeno maggiormente accostabile al fenomeno italiano delle “ronde”, di cui si dirà oltre; e tuttavia non di rado contiguo se non addirittura annesso al “Neighborhood Watch” almeno nel contesto americano), motivo di preoccupata riflessione deve essere anche la meno evidente ma innegabile circostanza che *questo stesso pericolo di confusione, insieme agli altri qui evidenziati, «inheres in all community crime prevention groups, whether taking the form of Neighborhood Watch or Citizen Patrol»*.

Da queste considerazioni e da quanto si è illustrato in precedenza sembra davvero conseguire – in pregnante, pienamente sottoscrivibile e (sotto questo profilo) conclusiva sintesi – che «[t]here is a troubling and unconstitutional risk in the way these community crime-prevention organizations attempt to create the “ideal community” by excluding groups who are targeted as “undesirables” by such organizations»⁴⁴.

In aggiunta a tutto ciò, per cercare di cogliere limiti, debolezze, contraddizioni, rischi e in genere criticità del fenomeno del controllo di vicinato e trarne alcune conseguenze circa le sue auspicabili sorti future e, specificamente, circa il modo in cui l'ordinamento, nelle sue varie componenti e ai diversi livelli di governo, dovrebbe più correttamente porsi nei confronti di tale fenomeno, sembra opportuno rivolgere l'attenzione – come anticipato – alle analisi relative a fenomeni “contigui” o comunque ad esso utilmente accostabili sotto determinati aspetti, nel tentativo di trarne, *mutatis mutandis*, alcuni “insegnamenti” o almeno alcuni spunti di riflessione.

Non potendo qui procedere in questa direzione se non in misura fortemente limitata, ci si concentrerà essenzialmente su due fenomeni: le c.d. “ronde” (con tale termine non tecnico facendosi riferimento, per ricollegarsi a quello che era stato il tentativo di loro consacrazione per via legislativa⁴⁵, ad attività di perlustrazione svolte da “associazioni tra cittadini non armati” delle quali – dando la priorità a quelle costituite tra gli appartenenti, in congedo, alle forze dell'ordine, alle forze armate e agli altri corpi dello Stato – i sindaci, previa intesa coi prefetti, avrebbero potuto avvalersi al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero – ma su questo vi è poi stato, come è noto, un intervento ablativo della Corte costituzionale – situazioni di disagio sociale) e la videosorveglianza.

Poiché su entrambi i fenomeni la dottrina, per ragioni di diverse, si è diffusamente soffermata in più occasioni, e spesso con un elevato livello di approfondimento, sarà qui sufficiente richiamare, in modo sintetico e fortemente selettivo, alcune acquisizioni largamente condivise e di maggior interesse

⁴² *Ibidem*, 473.

⁴³ Così E. DARIAN-SMITH, *Neighborhood Watch - Who Watches Whom? Reinterpreting the Concept of Neighborhood*, in *Human Organization*, Vol. 52, 1/1993, 83 ss., rifacendosi anche a W.J. EINSTADTER, *Citizen Patrols: Prevention or Control?*, in *Crime and Social Justice*, 21/22, 1984, 200-212.

⁴⁴ A. JOHNSON, *op. cit.*, 473.

⁴⁵ Si allude alla disciplina contenuta negli articoli 40 e seguenti della legge n. 94 del 2009, che era tornata a intervenire in materia (salvo poi incorrere in una dichiarazione di parziale incostituzionalità con la [sentenza n. 226 del 2010](#), e salvo poi avere, sotto altro profilo, un seguito fattuale pressoché nullo, al punto che, come si è arrivati ad affermare, le predette norme, anche nella parte non dichiarata illegittima, «possono definirsi *lettera morta*»: così S. ROSSI, *Ronde e disagio sociale. Nota a Corte Costituzionale n. 226/2010*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 26 luglio 2010, a distanza di circa un anno dall'entrata in vigore della legge n. 94 e del relativo decreto ministeriale di attuazione, datato 8 agosto 2009), a distanza di pochi mesi dal primo tentativo di intervento in via di decretazione d'urgenza, attraverso il c.d. “decreto Maroni” (d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, di cui vedi specialmente i commi 3, 4, 5 e 6 dell'art. 6; commi peraltro tutti soppressi in sede di conversione ad opera della legge 23 aprile 2009, n. 38).

ai fini summenzionati, sorvolando del tutto sia sulla ricostruzione delle varie tappe normative e giurisprudenziali di quelle che è stata definita “[l]’inquietante vicenda delle ronde”⁴⁶, circa le quali si può rinviare ai numerosi studi in materia⁴⁷, sia su specifiche vicende legate al problema della videosorveglianza.

Quanto al fenomeno delle ronde, peraltro, è bene porre preliminarmente l’attenzione su quella che, almeno a prima vista e in linea teorica, sembra essere la principale differenza tra tale fenomeno e il controllo di vicinato, non senza aggiungere che, a conti fatti, tale differenza, che deporrebbe nel senso di una maggiore pericolosità o comunque problematicità delle ronde rispetto al controllo di vicinato, rischia di rivelarsi meno marcata di quanto “sulla carta” potrebbe sembrare, col paradossale rischio che nell’ambito del controllo di vicinato possano concretamente svolgersi, oltretutto *a fianco di altre*, anche attività non molto distanti da quelle tipiche delle ronde, ma al di fuori della relativamente stringente disciplina a suo tempo dettata in riferimento a queste ultime.

In effetti il discrimine, secondo quanto di norma viene sottolineato in funzione “tranquillizzante” anche nella generalità dei testi relativi al controllo di vicinato, dovrebbe essere rappresentato dal fatto che ai gruppi di controllo di vicinato non sono affidate (risultando anzi spesso escluse in modo più o meno netto, ed in linea di massima) attività di “pattugliamento” o altre forme di vigilantismo o controllo “attivo” del territorio che invece caratterizzano (e per altro verso tendono sostanzialmente ad esaurire) il ruolo (dei gruppi protagonisti) delle “ronde”.

Ma, ecco il punto, non può non rilevarsi come anche nell’ambito del controllo di vicinato, secondo quanto si tornerà a dire più avanti con qualche ulteriore precisazione, siano in realtà (non solo in qualche misura agevolate in via di mero fatto, ma addirittura) espressamente previste ed apertamente incentivate nei vari testi di riferimento, da una parte, diverse forme di “avvicinamento” e “contatto” con i soggetti “controllati”, per lo più raccomandandosi di agire “in gruppo” o comunque “non da soli” (per esempio qualora si notino “persone che si aggirano in modo strano”, ovvero “guardandosi intorno” o “fermandosi a controllare gli accessi delle abitazioni”, o qualora ad essere “sospetto” sia il “comportamento di un’auto” che “passa frequentemente a bassa velocità” o “sta ferma a lungo con qualcuno a bordo”, o ancora qualora si senta suonare un allarme oppure un cane abbaiare...); e, dall’altra, forme di “perlustrazione attiva” del territorio, ad esempio laddove (forse in ragione della impossibilità di suggerire di uscire appositamente di casa a questo scopo, appunto per evitare di ricalcare apertamente le dinamiche delle ronde, con tutto ciò che ne conseguirebbe in termini di necessario rispetto della relativa disciplina) si raccomanda di modificare (e allungare) i propri tragitti ordinari, uscendo di casa o al rientro, in modo tale da “effettuare un percorso che preveda un rapido controllo del quartiere e delle vie limitrofe in modo da segnalare movimenti sospetti” (...così una [brochure sul controllo di vicinato pubblicata sul sito del Comune di Parma](#)).

⁴⁶ Così l’eloquente titolo del contributo G. BRUNELLI, *L’inquietante vicenda delle ronde: quando la “sicurezza partecipata” mette a rischio la legalità costituzionale*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 1/2009, 5 ss., e già in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 28 aprile 2008.

⁴⁷ Tra i molti contributi sul tema, anche in relazione alle note sentenze della Corte costituzionale n. 226 e 274 del 2010, si segnalano – oltre a quelli già citati – quelli di M. MASSA, *I vigilanti privati e il volto pubblico della sicurezza*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2009, E. BASCHERINI, *A mezzanotte va la ronda. Osservazioni in tema di sicurezza attorno alla sentenza n. 226 del 2010*, *ibidem*, 1/2010, F. CORTESE, *Continua la razionalizzazione della disciplina statale in materia di sicurezza urbana: la Corte costituzionale e le “ronde”, tra ordine pubblico e disagio sociale*, in *Le Regioni*, 5/2011, e in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2010, P. BONETTI, *L’attività di osservare e segnalare le situazioni di disagio sociale è un servizio sociale di competenza regionale e non riguarda le ronde per la sicurezza di competenza statale*, in *Le Regioni*, 5/2011, T. GIUPPONI, *La Corte “dimezza” le ronde, in attesa dell’attuazione dell’art. 118, comma 3, Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2010, ID., *La sicurezza urbana e i suoi incerti confini, tra ordinanze sindacali e “ronde”*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4/2011, G. D’ALBERTO, *Le ronde tra “sicurezza urbana” e “disagio sociale”. Corte costituzionale, sentenze nn. 226 e 274 del 2010*, in [Rivista AIC](#), 1/2011, D. TASINI, *Il problema delle “ronde” civiche nel quadro della ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni. Alcune considerazioni sulla sent. n. 226/2010 della Corte costituzionale*, in [Democrazia e Sicurezza](#), 1/2011. V. inoltre C. CARRIERI, *Associazioni di volontariato e lotta alla criminalità. Il fenomeno delle ronde*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina, giurisprudenza*, 6/2006, ove si ha un primo inquadramento del fenomeno alla luce delle sue più risalenti manifestazioni, avutesi come è noto già in anni precedenti al citato “decreto Maroni” del febbraio 2009 e alla successiva legge n. 94 dello stesso anno.

A maggior ragione alla luce di ciò (e pur senza negare alcune innegabili differenze comunque riscontrabili tra ronde e controllo di vicinato anche in relazione agli aspetti poc'anzi accennati), sembra dunque utile ricordare, anzitutto, una serie di osservazioni formulate in occasione del serrato dibattito accesosi intorno alla questione delle ronde⁴⁸, e con diretto riferimento ad esse, ma in termini tali da gettare luce su una serie di più generali profili problematici largamente riscontrabili anche nel contiguo fenomeno di nostro diretto interesse, o comunque tali da stimolare, come si vedrà subito, alcune riflessioni critiche su quest'ultimo.

Si era così osservato, ad esempio (con ciò incidentalmente evidenziando uno dei tanti elementi parzialmente comuni tra ronde e controllo di vicinato, al di là delle ricorrenti e più o meno convinte "prese di distanza" del secondo dal primo) che «[l]a prima forma di attività consentita alle ronde» è esattamente «quella di "mera" osservazione, che è diretta alla rilevazione di "eventi" che possono arrecare danno alla sicurezza urbana, ovvero "situazioni" di disagio sociale»⁴⁹.

Sotto questo profilo può anzi notarsi adesso, paradossalmente, la *maggiore ampiezza dell' "oggetto" del controllo nel caso del controllo di vicinato*, in quanto, per le ronde, l'ancoraggio ad "eventi" e "situazioni" avrebbe dovuto «escludere la possibilità di rivolgere l'attività di osservazione a meri sospetti e a pericoli presunti ovvero a situazioni di fatto non circostanziate e dal significato non univoco»... esattamente al contrario di ciò che, per l'appunto, si raccomanda di fare – "tenendo gli occhi sempre aperti" e segnalando ogni situazione ritenuta "sospetta" o "anomala" – agli attori del controllo di vicinato...

D'altra parte, significativo è quanto si notava con riferimento a tale primaria attività delle ronde (ma con evidente possibilità di estendere "pari pari" il rilievo, e le successive riflessioni, alle attività tipiche del controllo di vicinato): l'attività di osservazione, si scriveva, «se rivolta soprattutto alla rilevazione di eventi che incidono sulla sicurezza dei cittadini appartenenti ad una comunità locale, *riproduce il contenuto tipico della funzione di sicurezza pubblica*»: e ciò in quanto l'attività di osservazione rappresenta «*la prima forma di attività di polizia*, estrinsecandosi in un potere di acquisizione di informazioni ed in un potere di identificazione, il cui esercizio costituisce il *presupposto per il successivo esercizio dei poteri repressivi*, finalizzati ad assicurare il colpevole alla *polizia giudiziaria*»⁵⁰.

Vale la pena richiamare, a questo riguardo, alcune successive considerazioni dello stesso Autore, che aiutano non solo a comprendere e precisare il senso dell'affermazione appena citata (e supportata, peraltro, anche da riferimenti bibliografici su cui si è qui sorvolato), ma anche – al solito – a trarne spunti di preoccupata riflessione sul controllo di vicinato (per ragioni agevolmente intuibili anche alla luce delle finalità e delle modalità operative e di coordinamento espressamente rivendicate e definite dai vari attori, non solo privati, coinvolti in tale fenomeno): con evidente realismo, e focalizzando l'attenzione su quella sorta di "catena causale" prima vagamente evocata, l'A. osservava infatti che «[l]'attività di segnalazione rischia di *orientare l'azione delle forze dell'ordine, condizionandone la scelta dei luoghi, dei modi e dei tempi del controllo e dell'intervento*»⁵¹...

Si noti poi la successiva precisazione, per l'ennesima volta suscettibile di essere riletta in controluce per trarne motivi di forte perplessità sulle logiche di fondo e, come si diceva, sulle implicazioni sistemiche del controllo di vicinato: «[s]embra, peraltro, *da escludere la possibilità per le ronde di ricevere esposti e segnalazioni dai cittadini*» – segnalazioni che invece, come abbiamo visto, rappresentano il fulcro delle attività dei gruppi di controllo di vicinato, i cui membri sono invitati, a tal fine, a utilizzare le apposite chat e/o a rivolgersi ai "coordinatori" degli stessi gruppi, a loro volta normalmente in contatto diretto con le forze dell'ordine – in quanto le ronde non devono e

⁴⁸ V. appunto i contributi ricordati nella nota precedente, ma anche molti altri qui non richiamati oppure citati in altre note.

⁴⁹ A. PAJNO, V. ANTONELLI, *La sicurezza urbana tra editti e ronde*, in A. PAJNO (cur.), *La sicurezza urbana*, cit., 169-221, 191, da dove è tratta anche la citazione successiva.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, 195.

non possono «divenire un “surrogato” dell’attività di pubblica sicurezza», non risultando tra l’altro «*chiaro quale trattamento sul piano della tutela della privacy è richiesto per i dati raccolti*»⁵²...

Da tutto ciò, si diceva, la necessità di chiedersi se l’attività di osservazione delle ronde – o, potrebbe ora aggiungersi, dei membri dei gruppi di controllo di vicinato – dia luogo ad un «comportamento organizzato in funzione di prevenzione dei reati, che a sua volta non potrebbe essere legittimato semplicemente invocando il dovere di ciascun cittadino di denunciare la notizia di un reato perseguibile di ufficio (art. 333 c.p.p.) e di procedere all’arresto in caso di flagranza (art. 383 c.p.p.)»⁵³, secondo quanto sostenuto da alcuni, «ovvero un più generico dovere civico di ogni cittadino di segnalare alle autorità circostanze pericolose e dannose»⁵⁴.

E, a tal riguardo, si osservava – ancora una volta con rilievi suscettibili di valere, similmente o a maggior ragione, anche per il fenomeno oggetto della presente analisi – come la prevenzione, quale «attività finalizzata al riscontro e alla ricerca di situazioni oggettive di pericolo o di inizio di attività criminose», finisca inevitabilmente per «*alimentare una sistematica attività di controllo sociale e una indebita intromissione nella sfera privata*»...⁵⁵

Considerando che, come si è già accennato (e contrariamente a quanto, mentendo o comunque errando, talora si afferma), anche nell’ambito del controllo di vicinato sono non di rado apertamente previste ed incentivate forme di avvicinamento e “contatto” con i soggetti “controllati”⁵⁶, di notevole

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*, 192.

⁵⁴ ... dovere circa il quale si segnala, per alcune osservazioni più generali, la [sentenza della Corte costituzionale n. 89 del 1970](#), ma sul quale per la verità la Corte è tornata, con più specifico riferimento al problema di nostro interesse, anche in un breve e a nostro avviso discutibile passaggio della [sentenza n. 226 del 2010](#) (si veda l’ultimo periodo del punto 5.3 del *Considerato in diritto*, che, come efficacemente osservato da S. ROSSI, *Ronde e disagio sociale. Nota a Corte Costituzionale n. 226/2010*, cit., «*sembra provare troppo*, soprattutto se si considera che quelli indicati sono facoltà attribuite a titolo eccezionale e provvisorio ai privati cittadini, a differenza della funzione svolta dalle ronde che dovrebbe rientrare nell’ordinario tessuto della sicurezza partecipata»); nella giurisprudenza comune possono ricordarsi, tra le altre, le sentenze della Cassazione penale, sez. V, 17 febbraio 2005, n. 10958; sez. IV, 20 gennaio 2000, n. 4751 e sez. V, 4 maggio 1993, n. 1603.

Sulla questione, evidentemente centrale, sembra utile ricordare (anche e precipuamente in vista delle indicazioni che se ne potrebbero trarre con riferimento al fenomeno del controllo di vicinato) il [parere reso dal Consiglio Superiore della Magistratura](#) il 2 aprile 2009 con riguardo al decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, ove si manifestava una «perplexità di ordine generale sulla possibilità di derogare al principio che assegna all’attività pubblica l’esercizio delle competenze in materia di tutela della sicurezza, escludendo che questa possa essere affidata ai privati», sottolineandosi come non potesse «costituire argomento giustificativo la previsione di arresto da parte di privati ex art. 383 c.p.p. (limitata ai delitti perseguibili di ufficio di cui all’art. 380 nei casi di flagranza) la quale è ipotesi eccezionale» e soprattutto (per quanto maggiormente interessa ai fini del presente scritto) aggiungendosi che «[l]a perplexità di ordine generale è accentuata dalla finalità che viene attribuita alle associazioni volontarie, che è quella di “segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali, eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale”», laddove «[l]’elevato tasso di discrezionalità, già insito nella segnalazione di un danno solo potenziale alla sicurezza urbana, diventa ancora più ampio con riferimento alle situazioni di disagio sociale, espressione talmente generica da poter giustificare le segnalazioni più disparate su questioni che non rientrano nella tutela della sicurezza e non sono di competenza delle forze dell’ordine»...

⁵⁵ *Ibidem*, 193. Ivi ancora si aggiungeva (sempre con possibilità di estendere il ragionamento anche, e per certi versi ancor più, al controllo di vicinato): «[s]e da un lato è da scongiurare che l’attività di osservazione si riduca a forme di autodifesa dei propri beni e delle proprie proprietà, dall’altro il rischio che si corre è la “parcellizzazione” del controllo sul territorio, rischio ben presente al legislatore che nel corso dei lavori parlamentari ha eliminato l’iniziale formulazione che prevedeva per le ronde la possibilità di “cooperare nello svolgimento dell’attività di presidio del territorio”, privandole della funzione di controllo diretto del territorio»...

⁵⁶ Si riportano al riguardo, in via esemplificativa, alcune “istruzioni” contenute (in termini simili a quanto si legge in altri testi dello stesso tipo, spesso predisposti e/o diffusi – si ricorda – attraverso canali istituzionali, con tutto ciò che ne consegue in termini di legittimazione, autorevolezza ecc.) nel più volte citato [opuscolo pubblicato sul sito del Comune di Modena](#): «Se notiamo persone che si aggirano in modo strano, ad esempio guardandosi intorno o fermandosi a controllare gli accessi delle abitazioni, *fermiamoci a chiedere se hanno bisogno di aiuto con tutte le precauzioni del caso e possibilmente non da soli*»; «Allo stesso modo, se è sospetto il comportamento di un’auto (ad esempio passa frequentemente a bassa velocità, o sta ferma a lungo con qualcuno a bordo, ecc.) *possiamo accostarci insieme a qualche vicino (mai da soli)* per chiedere se abbiano bisogno e comunque *segnarci il numero di targa*»; «Quando siamo in casa l’attività di osservazione del nostro quartiere non finisce: non esitiamo ad affacciarci o ad accendere le luci di casa se

rilievo sembrano anche altre riflessioni formulate con riguardo alla “ronde” e tuttavia pienamente calzanti, per il motivo appena detto, anche in riferimento al fenomeno di nostro attuale interesse: «l’aspetto più delicato», si diceva, «riguarda l’interazione degli osservatori volontari con le persone oggetto di osservazione»⁵⁷.

Ebbene, per quanto si ritenesse da escludere che gli osservatori potessero procedere all’identificazione delle persone “osservate”, ovvero al «controllo degli ingressi tramite identificazione in uno spazio pubblico affidato alla loro osservazione», non ci si nascondeva e si rimarcava in quell’occasione – e si deve rimarcare oggi anche in riferimento al controllo di vicinato ed alla luce di più o meno noti fatti di cronaca⁵⁸ – come «soprattutto nei confronti delle persone che versano in situazioni di disagio sociale, quali immigrati irregolari, prostitute, clochard, nomadi, mendicanti» potessero e possano tuttora verificarsi facilmente (e per lo più impunemente) abusi, «ad esempio imponendo costrizioni e limitazioni sotto la minaccia di segnalazione alle autorità di pubblica sicurezza o al sindaco»⁵⁹.

A questo riguardo – ma la notazione e le soggiacenti argomentazioni assumono evidentemente un valore molto più generale e assolutamente centrale ai fini del presente lavoro – si osservava che «[n]on si può [...] trascurare che la presenza di un apparato organizzativo potrebbe rendere maggiormente “invasivo” l’intervento degli osservatori rispetto al comportamento in astratto consentito al singolo, ampliando le possibilità di abusi. Lo svolgimento in forma associata di azioni lecite per i singoli deve tener conto dei cambiamenti che comportano gli aspetti organizzativi sulla maggiore capacità di incidenza dell’azione del gruppo. La possibile limitazione delle libertà personali dei destinatari delle attività degli osservatori è legata alla forza del fenomeno associativo e, dunque, ai caratteri che può assumere l’organizzazione associativa [...] Il rischio di possibili conflitti tra osservatori e soggetti osservati è reso obiettivamente più forte in quanto manca una tipizzazione legislativa delle attività consentite agli osservatori ed una predeterminazione legislativa delle ipotesi di limitazione» non solo (ma almeno su questa si confida che il controllo di vicinato, in Italia, non abbia modo di incidere) «della libertà personale» intesa in senso stretto, ma anche di quella «di circolazione e soggiorno» – e già qui il rischio di limitazioni, dirette o indirette, in via di fatto se non per vie giuridiche (ed anche alla luce di quanto osservato sopra), sembra più accentuato⁶⁰ – e, soprattutto, «di alcuni diritti c.d. personalissimi, quali quello alla riservatezza, degli osservati»⁶¹.

È proprio sotto quest’ultimo profilo che il discorso può prendere una piega tale da indurre, se non ad accostare in sé e per sé e in modo pieno il fenomeno del controllo di vicinato a quello della videosorveglianza⁶² (chiaramente assai diverso per molte ed intuitive ragioni, seppur assimilabile per

sentiamo suonare un allarme o un cane abbaiare. Non scendiamo comunque mai *solì* per vedere meglio che cosa succede: se la situazione ci insospettisce, segnaliamolo in chat e magari *usciamo in gruppo* per vedere meglio»...

⁵⁷ A. PAJNO, V. ANTONELLI, *La sicurezza urbana tra editti e ronde*, cit. 196.

⁵⁸ Si veda in via puramente esemplificativa quanto riportato in questi articoli del [14 agosto 2018](#) e del [28 agosto 2018](#).

⁵⁹ A. PAJNO, V. ANTONELLI, *La sicurezza urbana tra editti e ronde*, cit. 196.

In effetti, anche con specifico riferimento al controllo di vicinato, si era osservato, in linea generale, che «[t]here is the obvious potential for individuals who make up a “neighborhood” to adopt the role of both jury and judge—to both create and enforce arbitrary law» (E. DARIAN-SMITH, *Neighborhood Watch - Who Watches Whom? Reinterpreting the Concept of Neighborhood*, cit., 83), e, più nello specifico, che «[l]ike any form of policing, NW has the potential to enforce dominant codes, standards and ideals held by society and, in doing so, to *exclude certain social groups from space*. In some cases residents are seeking more direct control of public spaces and there is clearly a danger that NW can be used to police behaviour that is ‘out of place’ rather than criminal, such as young people ‘hanging around’ street corners» (R. YARWOOD, *Neighbourhood Watch*, cit.).

⁶⁰ Si rivedano, in questo senso, anche le considerazioni riportate nella nota precedente.

⁶¹ Così ancora A. PAJNO, V. ANTONELLI, *La sicurezza urbana tra editti e ronde*, cit., 197-198.

⁶² Il riferimento è qui ovviamente all’uso della videosorveglianza a fini di tutela della sicurezza (tanto la “sicurezza pubblica”, quanto la c.d. “sicurezza urbana”, nella misura in cui la distinzione tra le due nozioni possa avere un senso), e dunque in sostanza a fini di «prevenzione e controllo di fenomeni criminosi e vandalici sia in ambito pubblico (piazze, strade, luoghi pubblici) che privato (condomini e aree comuni)», e non ad esempio di «incolumità del personale in ambito lavorativo e [di] protezione del patrimonio aziendale» (per riprendere l’essenziale dicotomia proposta da L. CALIFANO, *Privacy e sicurezza*, in [Democrazia e Sicurezza](#), 3/2013, nel richiamare i principali ambiti di utilizzo della videosorveglianza), il tutto dunque con particolare riguardo alla possibilità *attribuita ai sindaci* – indirettamente

alcune altre, probabilmente meno intuitive), quantomeno a riflettere sul valore che possono avere, in riferimento al primo, alcune riflessioni formulate con riguardo al secondo (analogamente a ciò che si è fatto andando a riesaminare la dottrina che aveva approfondito in chiave critica il fenomeno delle ronde).

Appena il caso di esplicitare che uno dei presupposti di tale parziale assimilazione tra i due fenomeni risiede nella loro comune attitudine, e anzi nella loro diretta finalizzazione (come le stesse rispettive denominazioni con trasparenza mostrano), a generare o amplificare – sia pure con modalità diverse – attività, per l'appunto, di sorveglianza o controllo, con tutte le implicazioni che possono trarsene, oltre che, come vedremo, sotto più specifici profili legati ai rischi di violazione di singoli diritti, anche su un piano generale (secondo quanto da tempo messo in luce da pensatori del calibro di Jeremy Bentham, Karl Marx, Max Weber, Michel Foucault e, più di recente, Anthony Giddens). Implicazioni che potrebbero essere sintetizzate – qualora si fosse costretti a farlo in una sola, brevissima battuta – nella pregnante considerazione, già di per sé più che sufficiente (tanto più alla luce di quanto si è visto nelle pagine precedenti) a suscitare interrogativi e timori di notevole “peso” nella prospettiva del diritto costituzionale, secondo cui «[l]a sorveglianza, in conclusione, *rafforza il potere di chi guarda indebolendo quello di chi è osservato*»⁶³.

Guardando la questione da un'angolazione diversa ma altrettanto generale, il parallelismo sembra potersi ricollegare alla “banale” considerazione che «[n]egli spazi pubblici i diritti dei singoli non vengono certamente meno. Devono spesso trovare una forma di temperamento con altre prerogative, ma nessun cittadino [e il discorso, peraltro, non vale naturalmente solo per i “cittadini” in senso stretto] può essere spogliato dei suoi diritti» – diritti tra i quali, è appena il caso di ribadirlo, vi è anche (ad esso venendo anzi riconosciuto, come è noto, un peso sempre maggiore, in diretta e inevitabile conseguenza dei cambiamenti sociali, scientifici, informatici e tecnologici degli ultimi decenni) il diritto, poc'anzi evocato in riferimento alle ronde, alla *riservatezza*, o meglio alla *privacy*, in tutte le sue numerose ed ampie accezioni e implicazioni – «solo perché svolge delle attività in un luogo pubblico o aperto al pubblico»: anzi, si è osservato, «[g]li spazi pubblici sono per definizione spazi di libertà dove le persone devono poter esprimere *liberamente*, nel rispetto degli altri, la propria socialità. *Trasformare gli spazi pubblici in spazi interamente sorvegliati rischierebbe di avere conseguenze rilevanti*»⁶⁴, tra cui – ammoniva Stefano Rodotà – quella di portare i cittadini (...e ancor più, potrebbe aggiungersi, coloro che per vari motivi “cittadini” in senso stretto non sono) a considerare «lontano e ostile tutto quello sta nel mondo esterno»⁶⁵.

Ebbene, provando a specificare e declinare tale considerazione generale in termini un po' più puntuali, seppur semplificati, si è osservato come siano principalmente tre i profili sotto i quali la videosorveglianza può entrare in conflitto, o comunque in tensione, con “diritti fondamentali”.

E ciò che ai nostri fini risulta particolarmente significativo è il fatto che tutti e tre i profili (e diritti) evocati a tal riguardo sembrano, in maniera simile se non eguale (e talvolta addirittura in misura maggiore), coinvolti e messi in qualche modo a repentaglio pure da (idee e) pratiche come quelle su cui in buona parte si regge il controllo di vicinato⁶⁶: il tutto avendo sempre a mente quanto si è osservato nelle pagine precedenti in riferimento, tra l'altro, alle importanti implicazioni dell'elemento associativo e, ancor più, di quello che potremmo definire l'elemento “para-istituzionale”, ovvero di

dall'articolo 6 del d.l. 92/2008, convertito con modificazioni in l. 125/2008, e direttamente dall'articolo 6, comma 7, del d.l. 11/2009 convertito con modificazioni in l. 38/2009 – di installare sistemi di videosorveglianza per le finalità “securitarie” di cui sopra.

⁶³ Così I. CERINI, *L'inquadramento generale della materia*, in C. CAPPELLIERI, A. CATAPANO, I. CERINI, F. MANCINI, G. MANDATO, *La videosorveglianza. Profili applicativi*, in *Democrazia e Sicurezza*, 1/2011, 5.

⁶⁴ V. FERRARIS, E. CARLI, *La videosorveglianza. Cosa fare perché sia efficace e rispettosa dei diritti*, in REGIONE PIEMONTE, *Manuale per la progettazione di politiche e interventi sulla sicurezza integrata* (a cura di Associazione Amapola), 2013, 175-207, 183.

⁶⁵ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie di comunicazione*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 174.

⁶⁶ Cfr. ancora, per un ricco e indicativo “repertorio” in grado di offrire una dettagliata visione d'insieme del fenomeno, i vari “manuali” e gli altri testi di riferimento citati nel corso del lavoro e/o reperibili nei siti istituzionali indicati nella nota 2.

riconoscimento e collaborazione, anche in forme ufficiali e con moduli organizzativi ed operativi relativamente strutturati, con le istituzioni pubbliche, *in primis* ed essenzialmente le forze di polizia.

Si è così affermato che la videosorveglianza – generando una «situazione in cui si è “visti senza poter vedere”» – «si ripercuote in modo rilevante», anzitutto, sulla «libertà di movimento intesa non solo come diritto di andare in un luogo – che non viene quasi mai fisicamente vietato a nessuno – ma piuttosto come diritto di muoversi senza lasciare necessariamente traccia di dove si è stati»⁶⁷.

In secondo luogo (ma qui, come può notarsi, i profili pur sommariamente evocati sono in realtà due, e volutamente omettendo alcune specificazioni presenti nel testo citato se ne renderà conto nel modo più ampio, andando oltre l'apparente portata originaria delle affermazioni riportate), si è notato che «[a]nche le libertà di espressione e di associazione possono essere lese dai dispositivi di videosorveglianza in grado di registrare suoni e immagini», potendo una simile forma di sorveglianza da un lato «*scoraggiare comportamenti legittimi*» e «dall'altro generare *frintendimenti*», «con il rischio di *stigmatizzazione*».

Da ciò si è tratta addirittura la conclusione – riferita all'ambito delle opinioni e delle manifestazioni politiche, ma forse mutuabile anche in riferimento ad altri ambiti, per esempio in relazione alle ricadute culturali e sociali dei fenomeni migratori, nella misura in cui queste possano essere “intercettate” e venire in rilievo ai ristretti fini in questione – che la diffusione di controlli del genere in qualche misura «impoverisce la società e mina il suo potenziale di cambiamento»⁶⁸, perseguendo o comunque producendo un effetto che potrebbe definirsi, in quest'ordine di idee, di “ingessamento” socio-culturale, a discapito, in sostanza, delle posizioni (o condotte, stili di vita, usanze, finanche acconciature e modi di vestire o di comunicare, abitudini...) minoritarie e della loro possibilità di svilupparsi e manifestarsi pubblicamente in modo del tutto libero.

A tali rilievi si ricollega in certa misura il successivo profilo critico evidenziato, la cui sostanziale riferibilità, con gli adattamenti del caso, anche al fenomeno del controllo di vicinato dovrebbe forse risultare ancor più immediata che nei casi precedenti, così come con immediatezza dovrebbe potersi percepire il “peso costituzionale” di tali rilievi, specie alla luce di quanto è ampiamente emerso per altre vie.

Il terzo diritto a essere messo in discussione dalla videosorveglianza è infatti «*il diritto a non essere discriminati e quindi ad essere vittima di esclusione sociale*». Lo specifico motivo per cui anche tale diritto rischia di essere violato per effetto dell'utilizzo (meglio, di un certo utilizzo) della videosorveglianza è stato individuato nella circostanza che quest'ultima, «in particolare quando è impiegata in determinati contesti organizzativi, rischia di far prendere decisioni basate su pregiudizi legati all'aspetto esteriore (avere un aspetto trasandato o eccentrico, essere giovane, immigrato)», come risulta tra l'altro documentato in ricerche che hanno mostrato, ad esempio, «l'affermarsi di pratiche basate su pregiudizi all'interno dei servizi di sicurezza dei centri commerciali», dove, in più occasioni, «[l]a visione attraverso la telecamera di persone trasandate o di una precisa origine etnica ha portato al loro allontanamento senza che queste persone si fossero rese responsabili di comportamenti dannosi o di tentativi di furto, scopi per cui le telecamere erano peraltro state installate»⁶⁹.

In casi del genere, si osserva, «un *travalicamento degli scopi* e una *procedura operativa basata sul pregiudizio* determinano la *discriminazione* di determinati soggetti», risultando «facile capire come questi tipi di discriminazione finiscano per produrre *esclusione sociale* e forme di *ghettizzazione di alcune categorie sociali*»⁷⁰: laddove, anche in vista di ciò che si andrà a dire subito oltre, vale la

⁶⁷ V. FERRARIS, E. CARLI, *La videosorveglianza. Cosa fare perché sia efficace e rispettosa dei diritti*, cit., 184.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*. Tutto ciò induce a richiamare il rischio, pure evidenziato da Stefano Rodotà anni addietro (in termini che per parte nostra ci sentiamo di “mutuare” e riferire in larghissima misura anche al controllo di vicinato), che una forma di controllo concepita per aumentare la sicurezza dei cittadini finisca con «essere germe di nuovi conflitti, e dunque di una permanente e più radicale insicurezza, che contraddice il più forte argomento adottato per legittimare la sorveglianza, appunto la sua vocazione a produrre sicurezza» (S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie di comunicazione*, cit., 174).

pena precisare che «*non sono le telecamere in sé a produrre discriminazione, ma l'utilizzo fattone dagli operatori preposti*», potendosi anche aggiungere che, a questo punto del discorso, il potenziale nesso con le problematiche del controllo di vicinato risulta talmente forte che, con un salto logico apparentemente spericolato, la trattazione citata richiama, a chiusura e conferma delle riflessioni qui parzialmente riportate, proprio... «[i]l caso emblematico di Trayvon Martin, adolescente ucciso in Florida nel 2012 all'interno di una *gated community* da un abitante impegnato in un'azione di controllo di vicinato (*neighbourhood watching*)» precisamente in conseguenza dell'essere stato il ragazzo «individuato come *soggetto estraneo al contesto*»: circostanza che, si chiosa, «rappresenta un buon esempio dei *rischi di categorizzazione* delle persone sulla base di un *aspetto ritenuto anomalo*»...⁷¹.

5. Conclusioni propositive: i possibili interventi in tema di organizzazioni e attività di vicinato tra livello statale, livello regionale e livello locale.

Da tutto quanto si è visto nelle pagine precedenti, e da ciò che se ne può agevolmente ricavare, discende a nostro avviso la necessità di un ripensamento critico del fenomeno del controllo di vicinato, anche in vista di eventuali interventi normativi – o anche di una rimodulazione delle pratiche già in atto in sede amministrativa – che, piuttosto che avallare e consacrare tale fenomeno nelle sue attuali forme, dovrebbero tentare di “riconfigurarlo” orientandolo in una direzione complessivamente ben diversa.

Una direzione che, senza trascurare le esigenze della sicurezza, oggettivamente di centrale importanza anche da un punto di vista costituzionale, integri tali esigenze in *schemi organizzativi ed operativi più comprensivi* e, verrebbe da dire, (in tutti i sensi) *equilibrati*.

Una simile prospettiva, può notarsi, appare pienamente in linea con istanze molto diffuse a livello interno (nazionale e locale) in varie sedi e contesti, ed è già stata espressamente abbracciata, come si è avuto modo di anticipare, in Paesi (come la Nuova Zelanda) che, dopo aver conosciuto l'esperienza del controllo di vicinato, hanno ritenuto opportuno – sostanzialmente – “superarla” per dar vita a qualcosa di diverso, con un passaggio il cui senso di fondo, insieme ad alcune intuibili ricadute pratiche, può ben cogliersi proprio dal cambio di denominazione cui si era fatto cenno: da “Neighbourhood Watch” a “Neighbourhood Support”⁷².

Si tratta di un passaggio, va subito chiarito, che in linea teorica non richiederebbe alcun tipo di intervento da parte del legislatore, né statale né regionale: così come il controllo di vicinato si è diffuso in assenza di ogni specifica disciplina normativa, sfruttando gli spazi operativi e di collaborazione istituzionale tradizionalmente lasciati liberi e/o più recentemente aperti dalla legislazione e in genere dalla regolamentazione statale (e in certa misura regionale e locale), allo stesso modo, ed anzi a maggior ragione, gli sviluppi cui qui si vuol fare riferimento potrebbero aversi attraverso gli strumenti dell'autonomia privata, inclusi quelli previsti dalla disciplina relativa al c.d. terzo settore, e/o attraverso forme di collaborazione con organi pubblici di varia natura e livello rientranti tra quelle già espressamente previste o comunque possibili.

Nondimeno, anche alla luce del fatto che, proprio in ragione delle dinamiche già in atto a livello sociale e a livello istituzionale, più difficilmente la strada qui caldeggiata (sostanzialmente alternativa rispetto a quella che si sta attualmente percorrendo) potrebbe essere intrapresa in assenza di stimoli provenienti dall'alto, si vuol qui ragionare su tale auspicata prospettiva tenendo conto, da un lato, di quanto la Corte costituzionale ha ritenuto opportuno affermare a conclusione della motivazione della [sentenza n. 236 del 2020](#) circa la possibilità di un intervento legislativo *statale* in materia (su tale importante passaggio, già richiamato, si tornerà subito oltre); e, dall'altro, della circostanza che la

⁷¹ *Ibidem*, 185.

⁷² V. in proposito – oltre a ciò che più puntualmente si dirà nell'ultima parte di questo paragrafo, in particolare nella nota 83 – quanto si è osservato al termine dell'introduzione e specialmente nella nota 9, che in qualche modo anticipava le presenti conclusioni, con argomentazioni e riflessioni di sintesi alle quali integralmente si rinvia.

chiaramente affermata incompetenza del legislatore regionale a disciplinare il fenomeno del controllo di vicinato nelle forme in qualche modo “tipiche” che abbiamo ricostruito non sembra affatto escludere la possibilità che *le Regioni*, anche per via legislativa e/o attraverso la propria attività amministrativa (e lo stesso dicasi, sotto quest’ultimo profilo, per gli *enti locali* secondo le rispettive competenze), rivolgano la propria attenzione e cerchino di dare un proprio contributo allo sviluppo di *fenomeni non coincidenti*, appunto in quanto *non prioritariamente* (o addirittura “monotematicamente”) *orientati in senso “securitario”* (e quindi del tutto coerentemente inquadrabili nella “riserva statale” di cui all’art. 117, comma 2, lett. h).

Quanto al possibile ruolo del legislatore statale, si è anticipato come esso sia stato esplicitamente evocato dalla Corte costituzionale nel già citato passaggio in cui ha precisato che – riposando la pronuncia di illegittimità costituzionale solo sulla riscontrata invasione, da parte della Regione, delle competenze riservate al legislatore statale – «[r]esta ferma naturalmente la possibilità, per la legge statale stessa, di disciplinare il controllo di vicinato, eventualmente avvalendosi del contributo delle stesse Regioni, *come possibile strumento – funzionale a una piena attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, quarto comma, Cost. (sentenza n. 131 del 2020) – di partecipazione attiva e responsabilizzazione dei cittadini anche rispetto all’obiettivo di una più efficace prevenzione dei reati, attuata attraverso l’organizzazione di attività di ausilio e supporto alle attività istituzionali delle forze di polizia*»⁷³.

Ebbene, ciò che essenzialmente si vuol osservare al riguardo, è che se pure – come la Corte sottolinea – su un piano puramente “competenziale” il controllo di vicinato ben potrebbe essere oggetto di una disciplina (e quindi anzitutto di un *riconoscimento*, e precisamente di un *riconoscimento positivo*) ad opera della legge statale *anche nelle sue attuali forme*, ciò non implica affatto che – a seguito di un’analisi più approfondita del fenomeno (che ovviamente la Corte non ha svolto né avrebbe avuto motivo e possibilità di svolgere in questa occasione) – una prospettiva di questo tipo sia l’unica; e, soprattutto, che essa debba ritenersi *opportuna* da un più ampio punto di vista costituzionale (attento, in particolare, alle ricadute e alle generali implicazioni del fenomeno – per come attualmente configurato e operante – su una serie di piani e, concretamente, su una serie di diritti e principi fondamentali variamente coinvolti e messi a repentaglio, secondo quanto nelle pagine precedenti si è cercato almeno in parte di mostrare).

Del resto, come è stato molto ben evidenziato, «[r]esta fermo, ovviamente, che una legge statale che dovesse disciplinare *ad hoc* il “controllo di vicinato” (cui si accenna nella parte finale della [sentenza n. 236 del 2020](#)) ben potrebbe tornare sul tavolo della Consulta – stavolta nell’ambito di un giudizio di legittimità costituzionale promosso in via incidentale – qualora sospettata di violare principi costituzionali diversi da quelli che regolano la competenza tra Stato e Regioni. E in quel caso si aprirebbe, probabilmente, una partita nuova rispetto a quella giocata nella [sent. n. 236 del 2020](#), che – arrestandosi sulla soglia delle questioni di competenza – nel merito della disciplina della Legge Regionale non è entrata»⁷⁴.

Ben si potrebbe dunque, si vuol dire, anche a livello nazionale – e maggior ragione, come può intuirsi e come si vedrà subito, a livello regionale – far perno su *altri* titoli competenziali per muoversi, ricorrendo ad atti legislativi o regolamentari, come pure ad atti e in genere attività amministrative, in una direzione diversa, allo scopo di *promuovere*, in concorrenza se non proprio *in alternativa* al fenomeno del controllo di vicinato (oggi in effetti diffuso e, appunto, promosso largamente al di fuori di uno specifico quadro normativo), un fenomeno contiguo ma nel complesso ben diverso – per ispirazione, finalità, implicazioni sistemiche, forme organizzative, attività tipiche, modalità operative; e dunque per effetti diretti e indiretti, per complessivo impatto sociale e, in

⁷³ ... strumento, si aggiungeva, «che ben potrebbe essere ricondotto all’ampia nozione di sicurezza urbana fornita dal d.l. n. 14 del 2017, e che è del resto già oggetto, nel territorio nazionale, di numerosi protocolli di intesa stipulati dagli Uffici territoriali di Governo con i Comuni».

⁷⁴ Così, quanto mai opportunamente ed efficacemente, V. CIACCIO, *Il “controllo di vicinato” come strumento di attuazione della sussidiarietà orizzontale? Il punto di vista della Corte costituzionale nella sentenza n. 236 del 2020*, in [labsus](#), 18 gennaio 2021.

definitiva, per “conformità”, nel senso più lato, al quadro costituzionale – che potrebbe *ad esempio*, per mera comodità ed efficacia comunicativa (proprio nella prospettiva di una auspicabile *transizione da un fenomeno all’altro*), ricondursi al paradigma del “neighbourhood support”.

Si accennava al fatto che una simile transizione sarebbe teoricamente realizzabile anche in assenza di qualsiasi intervento legislativo e in genere normativo, *facendo perno su autonome iniziative dei singoli, del terzo settore e in genere della società civile, come pure di apparati amministrativi, e su forme di collaborazione – tra soggetti privati, tra soggetti privati e soggetti pubblici e tra soggetti pubblici – già attualmente possibili* (seppur magari innovative e di non immediata concezione e messa in atto in assenza di una “cornice” uniforme che, appunto, ne agevoli la definizione e la realizzazione).

E si diceva però (secondo quanto si è appena ribadito tra le righe) che tuttavia – proprio in ragione del fatto che si tratterebbe, per così dire, non di intervenire su un terreno vergine confidando che qualche seme sparso qua e là possa attecchire e propagarsi, bensì in molti casi, per restare in metafora, di riconquistare terreno rispetto se non proprio a erbacce e piante infestanti almeno, nella migliore delle ipotesi, a piante poco fruttifere, o meno fruttifere di altre – un intervento normativo potrebbe risultare molto utile.

Ancora, si è evidenziato come un simile intervento normativo potrebbe trovar luogo – a diverso titolo e quindi ovviamente con diverso “punto d’attacco”, diverse prospettive, diversi accenti e diverse “sfumature” – tanto a livello statale quanto (in alternativa o *in aggiunta*, qualora lo Stato intervenisse ai sensi del *terzo* comma dell’art. 117, cioè muovendosi in uno o più ambiti di legislazione *concorrente*) a livello regionale, in entrambi i casi non mancando (al di là della riserva statale in materia di ordine pubblico e sicurezza: v. subito oltre) i titoli competenziali per intervenire *...in un modo o nell’altro* “in materia” (...“in materia” per modo di dire, essendo evidente come non si stia qui parlando di una “materia” in senso tecnico, ma di fenomeni sociali dai mille risvolti giuridici, “inquadrabili”, definibili, disciplinabili e in genere “considerabili” e “trattabili” in sede normativa e in sede amministrativa in modi assai diversi a seconda appunto della prospettiva adottata e degli obiettivi perseguiti: e dunque potenzialmente riconducibili, ai sensi e ai fini cui all’art. 117, a plurime e ben diverse “materie”).

Ecco, proprio il rilievo per cui tra i titoli competenziali in riferimento ai quali lo Stato potrebbe intervenire vi è non solo ma *anche* quello della *sicurezza, nella sua accezione più ristretta* – la cui cifra caratteristica, si vuol ora ricordare, dovrebbe ricollegarsi, nella prospettiva qui privilegiata, oltre e più che alla natura dei beni protetti⁷⁵, alla natura dei diritti, dei principi e in genere dei beni direttamente o indirettamente incisi, implicati e/o messi a repentaglio dalle relative attività (cfr. par. 4.1) – ci sembra tale da rafforzare l’idea (fondata ovviamente anche su altri elementi, come si andrà a chiarire) che, laddove si volesse imboccare la strada qui sommariamente indicata, a farlo nel modo migliore potrebbero essere forse innanzitutto... *le Regioni*.

Se è vero infatti, da una parte, che lo Stato *potrebbe* intervenire attraverso una disciplina non incentrata in modo monotematico o prioritario su finalità securitarie (con tutte le contraddizioni e in genere controindicazioni del caso), cercando di valorizzare ai fini in questione altre competenze tra quelle riservategli, in tutto o in parte, dai commi 2 e 3 dell’art. 117, è vero, d’altra parte, che le Regioni, qualora volessero intervenire su questo (vasto) terreno (ovvero, a grandissime linee e solo per intendersi: forme di aggregazione, cooperazione, collaborazione e attività varie a livello di “vicinato” e connesse forme di collaborazione con apparati pubblici e/o enti del terzo settore), non solo *potrebbero*, ma *dovrebbero* procedere nella direzione sopra indicata, specie dopo che la [sentenza n. 236 del 2020](#) ha confermato con tanta nettezza l’impossibilità di adottare, a tale livello,

⁷⁵ Beni invero tutelabili e tutelati *in molti altri modi*, del tutto naturali e per così dire scontati... Talmente scontati che di norma nemmeno ci sofferma a riflettere su di essi in sede giuridica, anche se non mancano pronunce in cui la Corte costituzionale ha avuto occasione di chiarire con nettezza e sottolineare efficacemente tale ovvia ma fondamentale circostanza: si veda ad esempio il pregnante passaggio della [sentenza n. 35 del 2012](#) in cui la Corte ha osservato che «[l]a promozione della legalità, in quanto tesa alla diffusione dei valori di civiltà e pacifica convivenza su cui si regge la Repubblica, non è attribuzione monopolistica, né può divenire oggetto di contesa tra i distinti livelli di legislazione e di governo».

quell'“approccio securitario” di cui si diceva... e la cui intrinseca problematicità in riferimento al fenomeno in discussione (non solo, si vuol dire, per ragioni di competenza) è parso utile cercare di evidenziare, e si spera dimostrare, in queste pagine.

In tale ordine di idee non ci si può esimere dall'aggiungere che, in effetti, presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera “giace” già una proposta di legge (A.C. n. 1250) presentata il 9 ottobre 2018 (primo firmatario un deputato della Lega Nord), intitolata “Norme per il riconoscimento e la promozione del fenomeno sociale del controllo di vicinato”, la cui impostazione e i cui contenuti risultano – in modo evidentemente non casuale, e quanto mai significativo – *pressoché interamente coincidenti o sovrapponibili* (salve le modifiche inevitabili in conseguenza del diverso “livello normativo” entro cui la disciplina si collocherebbe) a quelli della legge veneta approvata qualche tempo dopo e dichiarata incostituzionale nella [sentenza n. 236](#): e dunque, ecco il punto, pienamente riconducibili – tanto più alla luce dei chiarimenti forniti dal giudice delle leggi! – a quella monotematica logica securitaria di cui si diceva (laddove anzi il riferimento alla sicurezza, proprio in ragione delle considerazioni svolte dalla Corte con riguardo all'approccio e ai contenuti della legge veneta, ma in termini evidentemente di valenza generale, deve qui intendersi focalizzato sull'accezione “primaria” o ristretta di tale polivalente nozione, o insieme di nozioni).

Così stando le cose, ci si permette di arrivare a dire che forse la Corte costituzionale, anziché concludere la decisione limitandosi a esplicitare che resta ferma la possibilità che sulla materia già oggetto della legge regionale dichiarata illegittima intervenga lo Stato (in modi e secondo logiche su cui peraltro la Corte aggiunge precisazioni importanti), avrebbe potuto, in alternativa o almeno in aggiunta, esplicitare e sottolineare maggiormente⁷⁶ (anche) la perdurante *possibilità di interventi regionali*... non esattamente sulla stessa “materia” (ovvero sullo stesso fenomeno considerato, riconosciuto e promosso nella prospettiva securitaria di cui sopra) ma certamente, per riprendere espressioni usate in passato dalla stessa Corte e citate anche nella motivazione della [sentenza n. 236](#), in “settori ad essa liminari”...

In questa prospettiva, merita di essere nuovamente citato il passaggio della [sentenza n. 236](#) in cui il giudice costituzionale, rifacendosi ancora a precedenti decisioni, ricorda che – perfino restando all'interno dell'ampio e sfaccettato ambito della sicurezza (...in senso lato) – «[a]lle Regioni è [...] consentito realizzare una serie di azioni volte a migliorare le condizioni di vivibilità dei rispettivi territori, nell'ambito di competenze ad esse assegnate in via residuale o concorrente, come, ad esempio, le politiche (e i servizi) sociali, la polizia locale, l'assistenza sanitaria, il governo del territorio” (ancora, [sentenza n. 285 del 2019](#)), rientranti per l'appunto nel genus della “sicurezza secondaria”».

Di tale affermazione di principio – ricorda pure la Corte – trovasi “coerente applicazione” in quelle «recenti pronunce [che] hanno ad esempio ritenuto costituzionalmente legittime normative regionali che promuovono “azioni coordinate tra istituzioni, soggetti non profit, associazioni, istituzioni scolastiche e formative per favorire la cooperazione attiva tra la categoria professionale degli interpreti e traduttori e le forze di polizia locale ed altri organismi, allo scopo di intensificare l'attività di prevenzione nei confronti dei soggetti ritenuti vicini al mondo dell'estremismo e della radicalizzazione attribuibili a qualsiasi organizzazione terroristica” ([sentenza n. 208 del 2018](#)), che mirano a contrastare il cyberbullismo attraverso programmi di promozione culturale e finanziamenti regionali nell'ambito dell'educazione scolastica ([sentenza n. 116 del 2019](#)), o ancora ad istituire osservatori sulla legalità, con compiti consultivi e funzioni di studio, ricerca e diffusione delle conoscenze sul territorio, nonché a promuovere e sostenere la stipula di “protocolli di legalità” tra prefetture e amministrazioni aggiudicatrici per potenziare gli strumenti di prevenzione e contrasto dei fenomeni corruttivi e delle infiltrazioni mafiose ([sentenza n. 177 del 2020](#))».

Di questi precedenti – che sotto altro profilo, per ricollegarsi alle riflessioni precedentemente svolte con riguardo alla questione competenziale, sembrano accomunati proprio dalla circostanza di occuparsi di sicurezza *con approcci e modalità non suscettibili di avere ricadute negative di rilievo*

⁷⁶ Più di quanto abbia comunque fatto nelle pieghe della motivazione, come si andrà subito a ricordare.

sul piano dei diritti e dei principi fondamentali – si ritiene che le Regioni dovrebbero fare tesoro qualora volessero “anticipare” lo Stato (secondo un modo di procedere per molti versi virtuoso già sperimentato in altri ambiti), in particolare allo scopo, qui fortemente caldeggiato, di provare a introdurre – in qualche modo (e in questa fase) *in concorrenza* con (e dunque con l’ambizione di riconfigurare e/o “scalzare”, e in ultima analisi superare e sostituire) *l’attuale modello di controllo di vicinato*, sui cui limiti e sulle cui criticità non dovrebbe essere necessario tornare – un “modello alternativo” di (non, a questo punto, “controllo”; bensì, volendo riprendere fedelmente la già conosciuta formula molto più comprensiva, e di ben diversa ispirazione complessiva, citata prima) *“supporto” di vicinato*...

Al riguardo, sembra utile ricordare come qualche timido passo nella direzione della promozione di una maggiore partecipazione e in genere di un maggior attivismo dei privati in forma aggregata a livello locale (...secondo logiche e con modalità organizzative ed operative ben diverse da quelle a suo tempo previste per le ronde, e diverse pure da quelle tipiche del controllo di vicinato...) sia stato compiuto in tempi recenti dal legislatore (nazionale)⁷⁷. In particolare, nell’articolo 5 del d.l. n. 14/2017 convertito con modificazioni dalla l. n. 48/2017, contenente “Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città”, si è disposto (nell’ambito, bisogna comunque notare, della Sezione “Sicurezza urbana” del Capo dedicato alla “Collaborazione interistituzionale per la promozione della sicurezza integrata e della sicurezza urbana” di un decreto a sua volta tutto incentrato, come si è ricordato, sulla “sicurezza delle città”) che tra gli «obiettivi» che dovrebbero essere «prioritariamente» perseguiti dai «patti per la sicurezza urbana» – ovvero quegli «appositi patti sottoscritti tra il prefetto ed il sindaco, nel rispetto di linee guida adottate, su proposta del Ministro dell’interno, con accordo sancito in sede di Conferenza Stato-città e autonomie locali» tramite i quali «possono essere individuati, in relazione alla specificità dei contesti, interventi per la sicurezza urbana, tenuto conto anche delle esigenze delle aree rurali confinanti con il territorio urbano» – via sia anche *la «promozione dell’inclusione, della protezione e della solidarietà sociale mediante azioni e progetti per l’eliminazione di fattori di marginalità, anche valorizzando la collaborazione con enti o associazioni operanti nel privato sociale, in coerenza con le finalità del Piano nazionale per la lotta alla povertà e all’esclusione sociale»*.

Nondimeno, risulta evidente come tale previsione, anche per il contesto in cui essa è inserita e per il limitato ruolo ad essa riconosciuto nel quadro della complessiva disciplina statale, lungi dall’impedire misure normative regionali su questo terreno, e su terreni contigui, confermi al contrario l’ampio spazio di possibile intervento in materia da parte delle Regioni, non essendo certamente la citata disposizione in grado di smentire la conclusione secondo cui l’approccio del legislatore statale e questo stesso suo «tentativo [...] di ampliare le ipotesi di partecipazione, anche per realizzare l’intento di un’espansione delle politiche di sicurezza riconducibili alla dimensione urbana *sembra[no], ad ogni modo, concentrarsi su modelli di prevenzione situazionale e di controllo del territorio*, in linea con l’attenzione primaria comune ad altri strumenti del decreto, rivolta ad aspetti di decoro e vivibilità della città»⁷⁸, e non ad altro.

Soprattutto – e da ciò principalmente sembra discendere la possibilità ed opportunità di interventi regionali che, per così dire, colmino i vuoti di disciplina e d’azione (e forse, a monte, di “visione”) dello Stato – sembra condivisibile il rilievo, a nostro avviso cruciale ai fini in questione, andando a mettere il dito in quella che è forse la maggiore piaga da rimarginare, per cui «[a] livello legislativo risultano [...] carenti strumenti esplicitamente pensati per *l’integrazione tra politiche sociali (o urbanistiche e culturali) e di sicurezza*, le quali rimangono affidate al terreno della mediazione

⁷⁷ Per alcuni sintetici ma puntuali rilievi sulle questioni poste o lasciate aperte (e, implicitamente, su alcune possibili contraddizioni derivanti) dalla previsione che si andrà subito a citare cfr. M. IANNELLA, *Le “sicurezze” nell’ordinamento italiano: l’allontanamento dal modello stato-centrico e l’affermazione di una rete plurale*, cit., 170 (ed ivi anche la nota 67).

⁷⁸ Così M. IANNELLA, *Le “sicurezze” nell’ordinamento italiano: l’allontanamento dal modello stato-centrico e l’affermazione di una rete plurale*, cit., con rinvio a G. TROPEA, *I nuovi poteri di sindaco, questore e prefetto in materia di sicurezza urbana*, in Federalismi.it, 1/2018, spec. 8-9.

politica tra soggetti e alla regolamentazione attraverso strumenti non armonizzati»⁷⁹: e dunque spesso, bisogna constatare, fortemente menomate proprio dall'inerzia o comunque dall'insufficiente spirito di iniziativa e/o capacità di cooperazione tra tali soggetti e dal mancato utilizzo, o dalla ridotta efficacia, di tali strumenti.

E sebbene, come pure si è osservato, molte «problematiche potrebbero essere risolte solo attraverso una messa in discussione delle decisioni legislative e regolamentari adottate, nella maggior parte dei casi a livello statale, che hanno contribuito a ingessare il sistema e a connotarlo con elementi di accentuata complessità», resta vero che «[a]i problemi di carattere primariamente regolativo si accompagnano esigenze di ridefinizione delle modalità di gestione della partecipazione tra una pluralità di attori coinvolti (Sindaci, Prefetti e privati in primis) *che spesso presentano, anche in ragione delle dimensioni dell'ente rappresentato, possibilità ed esigenze assai differenziate*», ben potendo dunque, si ritiene, essere oggetto di interventi delle Regioni: interventi che dovrebbero essere incentrati, per un verso, sulla valorizzazione di competenze proprie e, per l'altro, su un'attenta delimitazione degli ambiti e soprattutto delle modalità di intervento allo scopo di non interferire con “riserve statali” tra le quali in particolare – ancor più di quella in materia di ordine pubblico e sicurezza ex art. 117, c. 2, lett. h), dalla quale in tale prospettiva non dovrebbe essere difficile “tenersi alla larga” – quella di cui all'art. 118, terzo comma e, in linea generale, quella di cui all'art. 117, c. 2, lett. g).

Ciò potrebbe permettere di risolvere almeno in parte, a livello regionale, quei problemi che hanno indotto ad affermare che sarebbe «necessari[a], per superare il modello securitario che ancora permea» gli strumenti previsti a livello statale, «*la creazione di strumenti di gestione associata delle iniziative di inclusione sociale e sicurezza partecipata e lo sviluppo di strutture di coordinamento – sul modello delle conferenze regionali e provinciali permanenti – che possano fornire strumenti e criteri di approvazione e operatività, chiari e uniformi [a]gli operatori interessati allo sviluppo di forme di partecipazione*»⁸⁰...

...“Operatori interessati allo sviluppo di forme di partecipazione” tra i quali, per riavvicinarci più esplicitamente al nostro tema e in qualche modo chiudere il cerchio, ben potrebbero esserci proprio tutti coloro che, non essendo interessati né disponibili a seguire l'angusto, divisivo e per molte altre ragioni problematico ed insoddisfacente modello del “controllo di vicinato”⁸¹, siano però al contempo convinti dell'opportunità di intraprendere invece, sempre a partire dall'ambito geografico e sociale più ristretto e più prossimo (quello appunto del “vicinato”) dei percorsi aggregativi di tipo differente e maggiormente in linea con i diritti ed i principi (e se si vuole i valori pre)costituzionali: percorsi tra i quali è sembrato qui utile menzionare, indicare e caldeggiare – proprio per la sua idoneità a porsi in modo immediatamente comprensibile come *alternativa (inclusiva)* al controllo di vicinato, o anche, laddove questo si fosse già affermato, come sua possibile, positiva *evoluzione* – quello che potrebbe definirsi, sul modello del “Neighbourhood Support” altrove sperimentato con successo, *supporto di vicinato*⁸².

⁷⁹ *Ibidem*, con rinvio qui a P. GONNELLA, *Le nuove forme della sicurezza urbana: decoro versus dignità*, in Costituzionalismo.it, 2017.

⁸⁰ M. IANNELLA, *Le “sicurezze” nell'ordinamento italiano: l'allontanamento dal modello stato-centrico e l'affermazione di una rete plurale*, cit., 171.

⁸¹ Si rinvia sul punto al paragrafo 4.2.

⁸² Volendo aggiungere a ciò che si è accennato in precedenza a proposito del “Neighbourhood Support” (per come esso si è storicamente affermato in Nuova Zelanda) qualche ulteriore indicazione e precisazione, può ricordarsi quanto segue.

A quanto risulta, l'organismo nazionale di Neighbourhood Support – “Neighbourhood Support New Zealand” – è diventato una Incorporated Society (al pari, si deve precisare, della generalità di quelli che noi chiameremmo enti del terzo settore, tra cui associazioni e organizzazioni di beneficenza, organizzazioni comunitarie, club e organizzazioni sportive ecc.) nel 2000, mantenendo peraltro, come ovvio, una struttura fortemente decentrata (con organi limitati, in sostanza, a un “board” nazionale composto da volontari eletti e a una dozzina di strutture di livello intermedio con blande funzioni di collegamento e coordinamento rispetto alle centinaia di “gruppi”, più o meno piccoli, istituiti sul territorio, spesso in singole strade o tra case adiacenti).

Quanto poi alle specifiche finalità, alle strutture organizzative, ai tipi di attività e ai modi di svolgerle, alle forme di collaborazione e coordinamento con apparati pubblici e/o altre “formazioni sociali” che potrebbero caratterizzare, nelle maniere più diverse, i relativi “gruppi”... si tratta appunto di questioni sulle quali potrebbe e dovrebbe esercitarsi e applicarsi l’immaginazione e in genere la capacità di visione del legislatore (o meglio dei legislatori), degli apparati amministrativi e, *last but not least*, dei soggetti privati direttamente coinvolti: i quali peraltro, vale la pena ribadire, ben potrebbero iniziare a muoversi nella direzione indicata anche *per primi*, l’esistenza di “sovrastrutture” normative in grado di stimolare e indirizzare il fenomeno sociale non essendo (anche) in questo caso indispensabile – pur potendo essere molto utile, secondo quanto si diceva – ai fini dell’esistenza (almeno della nascita, se non della crescita, del consolidamento e della più efficace valorizzazione) del fenomeno stesso...

Certo è, lo si vuole pure ribadire, che assai ampio sarebbe lo spazio entro cui il legislatore regionale, esclusa la possibilità di disciplinare il fenomeno del “controllo di vicinato” nelle sue attuali forme, potrebbe muoversi ove andasse a focalizzarsi, come già avvenuto in non pochi casi, su altri contigui (e tuttavia ben diversi nella prospettiva costituzionale, non solo ma anche per questioni di competenza) ambiti e modi di aggregazione ed azione – quelli meno “securitari” e più vicini, come si diceva, all’idea di “supporto di vicinato” – che, tra l’altro, sono proprio *quelli maggiormente trascurati e per molti versi più interessanti*, in quanto potenzialmente estesi, sotto qualche profilo, almeno ad alcune di quelle *altre* pressanti “priorità” che caratterizzano i nostri tempi; e che, seppur meno percepite (perché meno direttamente incidenti sul senso di sicurezza, tranquillità e benessere delle persone di quanto non siano i problemi della “criminalità di strada”, e anche perché meno “cavalcate” da una opportunistica, martellante e distorta retorica politica che ha invaso i media e la società)⁸³, in ragione delle loro pervasive e profondissime ricadute dovrebbero invece “interessarci”, in linea generale, almeno quanto quei problemi di sicurezza spicciola che, pur

Alla luce delle informazioni più agevolmente reperibili, risulta anzitutto che i programmi, le organizzazioni e le attività di *Neighbourhood Support* si caratterizzano e si distinguono da quelle di *Neighbourhood Watch* (da cui peraltro in larga parte discendono, rappresentandone in un certo senso una positiva evoluzione o comunque riconfigurazione), da un lato, per una ispirazione generale profondamente diversa (rilevabile già, come efficacemente evidenziato anche in alcuni video reperibili in rete, dalle lampanti differenze di concezione, di significato e di impatto psicologico dei simboli e “cartelli” con i quali si segnala l’esistenza di organizzazioni dei rispettivi generi nelle zone di riferimento), e dall’altro, più concretamente, per la presenza (e, a quanto pare, l’effettivo perseguimento), nel caso del *Neighbourhood Support*, di obiettivi più numerosi e variegati (e non di rado proiettati su “social functions”) rispetto a quelli tipici del controllo di vicinato (che pur non sono esclusi, venendo però *affiancati da altri*, spesso prioritari a livello di attività effettivamente svolte, così da modificare radicalmente, come si diceva, la natura complessiva del fenomeno).

A tale circostanza si ricollega poi il fatto che i relativi gruppi operano a stretto contatto non solo – mediante alcuni referenti e sulla base di un apposito memorandum d’intesa stipulato tra la polizia della Nuova Zelanda e “Neighbourhood Support New Zealand Incorporated” nel 2001 – con le autorità di pubblica sicurezza (secondo quanto avviene tipicamente, *e in modo sostanzialmente esclusivo*, per i gruppi di controllo di vicinato), ma anche con altre strutture, enti e partner di vario genere, sia pubblici (come nel caso dei vigili del fuoco e dell’Agenzia nazionale per la gestione delle emergenze, coinvolti in ragione dell’impegno profuso da tali gruppi pure – per l’appunto – nella gestione delle emergenze e in genere nella cura del territorio), sia privati.

In sintesi sembra potersi dirsi, con le parole R. YARWOOD, *Neighbourhood Watch*, cit., che il “Neighbourhood Support” ha, «as the name suggests, a broader civic remit» (rispetto al “Neighbourhood Watch”): «[a]s well preventing crime, members are *encouraged to work together and with other community groups to ‘solve local problems’ and to ‘identify the needs of neighbours and ways to assist each other’*».

⁸³ Appena il caso di ricordare ancora una volta, a questo riguardo, la nota circostanza della forte e significativa divergenza tra l’andamento effettivo dei reati (a livello generale o in zone determinate) e la relativa *percezione* (cioè le stime che sulla base della propria esperienza, o meglio delle proprie presunte conoscenze, verrebbero fatte) da parte della maggioranza della popolazione o comunque di larghe porzioni di essa: nel senso, come intuibile, di una assai indicativa sopravvalutazione del pericolo...

...Inutile poi aggiungere, a scampo di equivoci, che tale circostanza non può comunque rappresentare un motivo per negare o sminuire indebitamente il problema reale, o anche, per così dire, per *sottovalutare tali sopravvalutazioni* (comunque meritevoli in quanto tali della massima attenzione, al netto delle distorsioni determinate dalla summenzionata retorica politica).

oggettivamente presenti e talora pressanti in alcune aree, non rappresentano, e soprattutto non devono rappresentare, la nostra *principale* preoccupazione⁸⁴.

⁸⁴ Giacché, nel complesso, a preoccuparci e occuparci più della “criminalità di strada” dovrebbero essere – nell’attuale, drammatico contesto storico (e l’allusione non è solo, e nemmeno primariamente, alla pandemia in corso, bensì ad altre gravissime emergenze e disfunzioni più profonde su cui si deve però, in questa sede, sorvolare del tutto) – soprattutto *altri problemi*, e in genere *altre esigenze* ed *altre aspirazioni*.

Giampiero Buonomo

Consultazioni di *ex* Presidenti delle Camere: un tentativo impudico*

Abstract: *The short paper recalls the story that had as protagonists, on the one hand, Dino Grandi, who, in the Republican era, attaching his story as Speaker of the Chamber in the Fascist era, repeatedly asked to be heard during government crises. alongside the President of the Chamber of Deputies, in consultations with the President of the Republic; and, on the other hand, Gianni Ferrara, then a high parliamentary official, who firmly opposed Grandi's claim, underlining the discontinuity between the fascist and republican systems produced by the constitutional violations of the dictatorship.*

Perché Dino Grandi avesse preso l'abitudine di rivolgersi al Presidente della Camera, con la sua curiosa richiesta di prendere parte alle consultazioni presidenziali, nessuno veramente lo sa. Come non si sa se le sue periodiche lettere a Montecitorio, in occasione delle crisi di Governo dell'inizio degli anni '60, fossero state precedute da tentativi abortiti rivolti più in alto.

Di regola, anzi, avrebbe dovuto essere il Quirinale l'indirizzo giusto: è il Capo dello Stato a diramare gli inviti per la "riserva della Repubblica", come ancor oggi avviene con gli *ex* Presidenti della Repubblica (per i quali soli la consuetudine sopravvive, ai giorni nostri). La testimonianza di una tolleranza più ampia negli inviti – fino a coinvolgere gli *ex* presidenti della Camera (come di quelli del Senato e del Consiglio) - ricorre, negli archivi storici, ancora ad inizio degli anni Settanta (vedasi, nel Fondo Leone presso l'ASSR, l'ordine delle consultazioni del 17 gennaio 1972): ma sempre su decisione dell'inquilino del Colle. Invocare una presunta usanza statutaria, per la quale il Presidente della Camera in carica si presentava accompagnato dai suoi predecessori ancora in vita, era un fuor d'opera, che legittimava il sospetto che l'*ex* Presidente della Camera dei fasci e delle corporazioni avesse già bussato al Quirinale ed avesse ricevuto una rotonda negativa. O che, più semplicemente, per levarselo di torno, gli avessero detto di provare nell'altro modo, "scaricando" la patata bollente sulla Camera bassa.

Quale che fosse la genesi della richiesta, sta di fatto che - dallo stabile rientro in Italia del "conte" Grandi (come ancora lo si appellava, anche nelle cronache mondane del *Corriere della sera*) - non mancava crisi di Governo che quella strana richiesta non arrivasse alla casella postale di Montecitorio. Giovanni Leone la cestinava immancabilmente. Ma quando il giurista napoletano fu chiamato a costituire il suo primo "governo balneare", al vertice della Camera dei deputati fu eletto Brunetto Bucciarelli-Ducci, di personalità più problematica: "l'archiviazione veloce non era nel suo stile e richiedeva ai suoi funzionari un'istruttoria scritta per qualsiasi minuzie...non era un Leone".

Con queste parole Gianni Ferrara iniziò, rivolgendosi al Vostro cronista, la narrazione del più curioso episodio di consulenza giuridica al quale era stato chiamato, nella veste di funzionario della Camera dei deputati.

Bucciarelli-Ducci, pur restando ostile nel merito, alla prima crisi di governo ritenne di dare riscontro alla missiva di Grandi, facendo motivare il rifiuto da un suo collaboratore. Il segretario generale, Coraldo Piermani, oppose al Presidente della Camera il suo conflitto di interessi anche solo nel ruolo del *nuncius* verso l'uomo che lo aveva assunto alla Camera dei fasci e delle corporazioni, un quarto di secolo prima. Il "numero due" dell'Amministrazione, Francesco Cosentino, trovò salutare per le sue *chances* di carriera addurre la partecipazione ad una delle regate nell'emisfero australe, che da sempre connotavano le sue vacanze di velista. Pertanto fu Gianni Ferrara a ricevere Dino Grandi: in piedi, nella prima saletta d'ingresso di palazzo Montecitorio, nel quale l'*ex* Guardasigilli rientrava per la prima volta dopo la fuga attraverso gli scantinati nel luglio del 1943.

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.

Il giovane parlamentarista affrontò il compito con l'acribia che lo caratterizzava: per diversi giorni provò e riprovò la parte, anche se, nel narrare l'episodio al collega di molte generazioni dopo, si soffermò sul problema a suo dire più grave, quello dell'appellativo. "Conte Grandi no, la XIV Disposizione transitoria e finale della Costituzione è chiarissima. Presidente Grandi mai, significherebbe partire col piede sbagliato concedendogli stolidamente un vantaggio. Alla fine optai per il suo lavoro prima di entrare in politica, e vedendolo entrare lo apostrofa con un neutro: avvocato, si accomodi!".

Sospettoso, Dino Grandi rimase in piedi dinanzi al burocrate seduto alla sua scrivania. Mezz'ora durò il colloquio tra il "dottor Ferrara" e l'"avvocato Grandi", nella memoria tramandata agli amici dal primo: un complesso incrociare le lame con argomenti sottili, a partire dall'equiparabilità o meno della carica di Presidente della Camera dei fasci e delle corporazioni a quella di Presidente della Camera. Se si deve parlare di incomparabilità, esordì Grandi, perché viene regolarmente invitato l'ex Presidente dell'Assemblea costituente? Anche lui non era stato Presidente della Camera, eppure...

Il discorso giuridico riceveva così una torsione politica, che non poteva sfuggire al funzionario parlamentare di razza: la crisi del governo Leone e la nascita quello che, poi, sarebbe stato il primo governo Moro si andava connotando per un'apertura a sinistra; su di essa, si temeva, il PCI avrebbe potuto esprimere un *nihil obstat*, sia pur non per bocca della delegazione ufficiale ma dalla voce di un'autorevolissima personalità come l'onorevole Umberto Terracini. Esprimere un *péndant* altrettanto "istituzionale", per i gruppi di interesse che si fossero voluti distanziare da quella scelta, avrebbe potuto rappresentare monito "forte", che sarebbe potuto non restare inascoltato nelle consultazioni tenute dal Presidente della Repubblica....

Nelle vene del funzionario iniziavano a pulsare i battiti accelerati dell'attualità, mentre la testa freddamente metteva in fila gli argomenti giuridici provati e riprovati. La continuità degli ordinamenti giuridici pur in presenza del mutamento della forma di Stato, da monarchia a Repubblica, era stata contestata in Assemblea costituente proprio dal mentore di Ferrara, Lelio Basso, ma le determinazioni finali erano apparse un po' più compromissorie; la stessa scelta dei regolamenti parlamentari prefascisti appariva un avallo della infelice tesi crociana della "parentesi" e dell'invasione degli *Hyksos*. In compenso, però, le prime pronunce della Corte costituzionale rendevano questo piano d'attacco scivoloso anche per Grandi: la sentenza 5 giugno 1956, n. 1 aveva pur stabilito che "l'assunto che il nuovo istituto della illegittimità costituzionale si riferisca solo alle leggi posteriori alla Costituzione (e non anche a quelle anteriori) non può essere accolto". Certo, l'interpretazione adeguatrice era ancora *in mente dei*, ma Ferrara ebbe facile giuoco a sostenere che, laddove una prassi precedente avesse violato la Costituzione, non c'è continuità degli ordinamenti che tenga: la prassi soccombe. La stoccata finale di Ferrara fu però indirizzata alla forma di governo: era o non era l'ultima consultazione, tenuta in epoca liberale, quella nella quale si era impedito a Giolitti di raggiungere Roma da Dronero ed in cui Mussolini s'era rifiutato di presentarsi al Colle col codazzo degli altri notabili (ed *ex* notabili) chiamati alle consultazioni? Licenziato *Facta* ed affossato il mandato Salandra, il duce del fascismo aveva atteso a Milano il telegramma di convocazione, per poi arrivare in treno ed entrare al Quirinale per dichiarare: "Chiedo perdono a V.M. se sono costretto a presentarmi ancora in camicia nera, reduce dalla battaglia, fortunatamente incruenta, che si è dovuta impegnare" (*Corriere della sera*, martedì 31 ottobre 1922). Era stato o non era stato proprio Dino Grandi, nel discorso del 29 maggio 1924, a sostenere che il fascismo era "lo sbocco definitiva di un decennale ciclo rivoluzionario (...) il superamento e la composizione delle più opposte antitesi"?

Se la democrazia parlamentare, con le sue ritualità e le sue consultazioni, era in antitesi con quel regime di governo, valeva anche il contrario. Il Presidente della defunta Camera dei fasci e delle corporazioni mai si sarebbe potuto presentare davanti al Presidente della Repubblica italiana - nata dalla Resistenza e fondata sull'antifascismo - come un qualsiasi accompagnatore del Presidente della Camera dei deputati, quella Camera che era stata profanata dagli stivali bagnati del sangue di Matteotti. Girati i tacchi, Dino Grandi salutò ed uscì.

“*Ex ore tuo te iudico*”: la massima evangelica (Luca 19-22) mi è tornata in mente, a un mese dalla scomparsa del padre del diritto parlamentare italiano. Perché la ricerca dei precedenti non è furbesco sostegno a tesi preconcelte purchessia: quando è animata dall’èmpito etico-politico, che ispira la scelta di campo, essa esprime la superiorità morale di colui che, servendo lo Stato, serve anche il *pactum societatis* che lo ha creato. A questa gloriosa funzione, nella sua vita, Gianni Ferrara non si è mai sottratto.

Omar Caramaschi

**La sicurezza della Repubblica alla prova delle regole legislative e della prassi parlamentare:
il caso del COPASIR***

ABSTRACT: *The paper examines, through legislative norms and parliamentary practices, the case of the Parliamentary Committee for the Security of the Republic (COPASIR), especially in light of the recent events that have seen the change of the parliamentary majority.*

SOMMARIO: 1. Il COPASIR nel cambio di maggioranza governativa. – 2. La questione circa la composizione del COPASIR – 3. ... e quella sulla sua presidenza. – 4. La prassi parlamentare. – 5. Considerazioni interlocutorie.

1. Il COPASIR nel cambio di maggioranza governativa.

La formazione del governo guidato da Mario Draghi, sostenuto da una maggioranza parlamentare numericamente larghissima e trasversale, ha fin da subito riproposto alcune rilevanti questioni, che già erano emerse in casi analoghi (si pensi alle affinità con il governo presieduto da Mario Monti), attinenti in particolare a taluni aspetti della politica parlamentare come la composizione e la presidenza degli organi parlamentari collegiali, soprattutto quelli di controllo e di garanzia che per prassi, per disposizioni di legge o dei regolamenti parlamenti sono composti in maniera tale da equilibrare maggioranza e opposizioni, mentre a queste ultime ne è attribuita la presidenza¹.

Tra gli organi di garanzia e di controllo spicca il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR), la cui composizione e (specialmente) presidenza sono attualmente oggetto di una tensione politico-istituzionale che ha avuto origine lo scorso marzo quando Fratelli d'Italia, in qualità di unico gruppo di opposizione (ma su questo aspetto v. *infra*), ne ha rivendicato la carica apicale ricoperta dall'on. Volpi dal momento che quest'ultimo, eletto a tale carica quando la Lega era all'opposizione del governo Conte II, risultava presidente sebbene il proprio partito fosse passato nelle fila della maggioranza parlamentare con il sostegno al governo Draghi.

Il COPASIR, come noto, è stato istituito dalla legge 3 agosto 2007, n. 124 (“Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto”)² al fine di verificare

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ Cfr. S. CURRERI, “*Super-maggioranze*” e “*super-opposizioni*”, in laCostituzione.info, 14 febbraio 2021, il quale ricorda come siano pochi, ma molto rilevanti, gli organi di controllo e di garanzia che si trovano ad essere composti in maniera paritaria tra maggioranza ed opposizione, nonché ad essere presieduti da un membro di quest'ultima. Quanto alla composizione vi sono il Comitato per la legislazione della Camera dei deputati (il quale risulta «composto di dieci deputati, scelti dal Presidente della Camera in modo da garantire la rappresentanza paritaria della maggioranza e delle opposizioni» (art. 16-bis, R.C.) ed il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR), su cui v. *infra*. Sul punto cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano, Giuffrè, 2013, 5° ed., spec. 402. Quanto alla presidenza, invece, Curreri richiama due casi in cui questa spetta all'opposizione per esplicita previsione normativa, ossia il COPASIR attraverso una disposizione legislativa (v. *infra*) e la Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato, il cui presidente, per esplicita disposizione del Regolamento del Senato, viene eletto tra gli «appartenenti ai Gruppi di opposizione» (art. 19, comma 1, R.S., come modificato il 20 dicembre 2017, laddove è stata recepita una convenzione costituzionale risalente alla XIII legislatura); diversamente spettano all'opposizione, però per prassi, la presidenza della Giunta delle elezioni e della Giunta per le autorizzazioni della Camera dei deputati, nonché della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi.

² Sul punto v. in dottrina, tra gli altri, G. CAMPANELLI, *Commento all'art. 30 della l. 3 agosto 2007 n. 124*, in *La Legislazione penale*, 4/2007, 785-789; S. GAMBACURTA, *Il sistema dei controlli*, in C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, M. VALENTINI, *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, Milano, Giuffrè, 2008, 364 ss.; T.F. GIUPPONI,

«in modo sistematico e continuativo, che l'attività del Sistema di informazione per la sicurezza»³, già al centro di scandali e polemiche velenose in epoca anteriore, abbia a svolgersi «nel rispetto della Costituzione, delle leggi, nell'esclusivo interesse e per la difesa della Repubblica e delle sue istituzioni» (art. 30, comma 2)⁴.

Il rilievo costituzionale del COPASIR giustifica la sua speciale composizione, essendo formato da «cinque deputati e cinque senatori, nominati entro venti giorni dall'inizio di ogni legislatura dai Presidenti dei due rami del Parlamento in proporzione al numero dei componenti dei gruppi parlamentari, garantendo comunque la rappresentanza paritaria della maggioranza e delle opposizioni e tenendo conto della specificità dei compiti del Comitato» (art. 30, comma 1)⁵. L'«ufficio di presidenza, composto dal presidente, da un vicepresidente e da un segretario, è eletto dai componenti del Comitato a scrutinio segreto» (art. 30, comma 3), recependosi, altresì, la prassi convenzionale per cui il «presidente è eletto tra i componenti appartenenti ai gruppi di opposizione e per la sua elezione è necessaria la maggioranza assoluta dei componenti» (art. 30, comma 3)⁶.

A seguito del ridetto cambio di governo e di maggioranza parlamentare, il gruppo parlamentare Fratelli d'Italia ha sollevato la questione della presidenza del Comitato (e in misura minore della sua composizione). In proposito, è stato chiesto il parere dei Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, che, in una lettera congiunta del 6 aprile 2021 indirizzata all'on. Volpi⁷, hanno comunicato le proprie valutazioni in merito alla composizione e alla presidenza del COPASIR, ravvisando come l'assetto di quest'ultimo non corrisponda più, a seguito dell'ampia maggioranza a sostegno del governo Draghi, alle previsioni della legge n. 124 del 2007. Tuttavia i Presidenti delle Camere hanno sottolineato che la richiesta di Fratelli d'Italia non possa essere

Servizi di informazione e segreto di Stato nella legge n. 124/2007, in AA. VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, vol. IV, Torino, Giappichelli, 2010, 1677-1751 (disponibile anche in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), spec. 25 ss.); E. RINALDI, *Arcana Imperii. Il segreto di Stato nella forma di governo italiana*, Napoli, Jovene, 2016, 163-173; C. NARDONE, *Il controllo parlamentare sui servizi di informazione e sicurezza e sul segreto di Stato*, in R. DICKMANN, S. STAIANO (a cura di), *Funzioni parlamentari non legislative e forma di Governo. L'esperienza dell'Italia*, Milano, Giuffrè, 2008, 375-416, spec. 399 ss.; ID., *L'evoluzione del controllo parlamentare sulla politica di informazione per la sicurezza: dalla disciplina del 1977 alla riforma del 2007*, in CAMERA DEI DEPUTATI, *Il Parlamento della Repubblica. Organi, procedure apparati*, 14/2013, vol. I, 3 ss.; A. SOI, *L'«intelligence» italiana a sette anni dalla riforma*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 918-922; A. PERRONE, *Le prospettive del controllo parlamentare nella recente attività del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica*, in [Federalismi.it](#), 11/2018; P. PICIACCHIA, *La funzione di controllo parlamentare in trasformazione*, *ivi*, speciale 3/2019, 133-158, spec. 151 ss.

³ Il Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica comprende, nei suoi rami alti, il Presidente del Consiglio dei Ministri, l'Autorità delegata per la sicurezza della Repubblica e il Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica (CISR), composto dagli organi suddetti e dai Ministri degli affari esteri, dell'interno, della difesa, della giustizia, dell'economia e delle finanze, dello sviluppo economico; nella componente amministrativa e operativa, in particolare, il Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), l'Agenzia informazioni e sicurezza esterna (AISE), e l'Agenzia informazioni e sicurezza interna (AISI).

⁴ A questo proposito, sono conferite al COPASIR numerose funzioni di controllo (art. 31) e consultive (art. 32), mentre lo stesso è destinatario di specifiche informative da parte del Governo (art. 33).

⁵ Secondo M. FRANCHINI, *Alcune considerazioni sulle nuove competenze del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica*, in [Rivista AIC](#), 1/2014, 1 ss., spec. 12, la composizione paritaria del Comitato nonché la presidenza di quest'ultimo affidata ad un membro dell'opposizione valorizzerebbero «la caratteristica di organo di garanzia «neutrale», capace, pertanto, di controllare validamente (seppure nei limiti generali stabiliti dalla legge e con modalità che devono restare esse stesse riservate) la concreta utilizzazione e la conduzione politica del segreto di Stato da parte del Governo».

⁶ L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, Il Mulino, 2013, 2a ed., 184, osservano come quello del COPASIR risulti l'unico caso, nell'ordinamento italiano, in cui l'attribuzione della presidenza di un organo parlamentare con funzioni di controllo a un esponente dell'opposizione è sancita da una disposizione legislativa, «che non può che apparire particolarmente invasiva rispetto alla tradizionale riserva di competenza a favore dei regolamenti parlamentari». Anche V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 402, evidenziano come la previsione legislativa per cui la presidenza di un organo parlamentare debba essere ricoperta da un membro dell'opposizione sia un «*unicum* normativo».

⁷ Vedine il [comunicato](#) nell'archivio notizie del Senato.

soddisfatta attraverso alcun intervento autoritativo istituzionale (imposizione delle dimissioni o revoca dei componenti, scioglimento o dichiarazione della decadenza dell'organo), analogamente all'intervento occorso nel c.d. "caso Villari"⁸, ma vada acconsentita esclusivamente per il tramite di accordi tra le forze politiche. Un'ulteriore precisazione ha riguardato la circostanza che il COPASIR, anche nella momentanea conformazione, sia idoneo ad operare nella pienezza delle proprie funzioni.

L'intervento dei Presidenti di Camera e Senato ha alimentato non solo la prevedibile reazione avversa del gruppo parlamentare Fratelli d'Italia, ma anche il dibattito nella dottrina, innescato, in particolare, da una [lettera-appello](#) di numerosi giuristi e politologi del 20 aprile 2021. Vi è stato rilevato come, a seguito della formazione del governo Draghi sulla base di un'amplissima maggioranza, il fatto che la presidenza del COPASIR non fosse ricoperta da un membro

⁸ Il 13 novembre 2008 il sen. Villari era stato eletto presidente della Commissione di vigilanza sui servizi radiotelevisivi con i voti della maggioranza e il disaccordo tanto della minoranza quanto in particolare del partito di appartenenza dell'eletto: a seguito di ciò prima le opposizioni e in seguito i partiti di maggioranza disertarono i lavori della Commissione e in gran parte si dimisero, provocandone l'impossibilità di un corretto funzionamento; i Presidenti delle Camere, dopo aver invitato senza successo il sen. Villari a rimettere il proprio mandato, decisero con un atto congiunto del 21 gennaio 2009 di revocare tutti i componenti della Commissione, nominarne di nuovi (in parte riconfermando i predecessori, ad esclusione del sen. Villari e di altro quattro componenti), sicché si ebbe il rinnovo integrale e la ricostituzione della stessa. Questo atto, senza precedenti, fu avallato dai pareri unanimi espressi dalle Giunte per il Regolamento di entrambe le Camere nelle sedute dello stesso 21 gennaio 2009, i quali richiamarono, in assenza di precedenti o norme espresse, i doveri presidenziali di buon andamento dei lavori parlamentari (art. 8 R.C. e R.S.) e le previsioni regolamentari, interpretate alla stregua di un principio di carattere generale da esercitare in via eccezionale in situazioni straordinarie, circa il potere di procedere al rinnovo, in caso di mancato regolare funzionamento per oltre un mese, della Giunta delle elezioni della Camera (l'art. 17, comma 4, R.C. infatti prevede che «qualora la Giunta non risponda per un mese alla convocazione, sebbene ripetutamente fatta dal suo presidente, o non sia possibile ottenere durante lo stesso tempo il numero legale, il Presidente della Camera provvede a rinnovare la Giunta») e della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato (l'art. 19, comma 3, R.S. stabilisce che «qualora la Giunta, sebbene ripetutamente convocata dal suo presidente, non si riunisca per oltre un mese, il Presidente del Senato provvede a rinnovarne i componenti»). In un rilevante passaggio del proprio intervento (A.C., Giunta per il Regolamento, res. somm., riunione del 21 gennaio 2009, 3 ss., spec. 6-7) il Presidente della Camera, on. Fini, ha richiamato una lettera dell'on. Pertini del 24 ottobre 1974, il quale, in qualità di Presidente della Camera e affrontando una questione relativa alla pubblicità dei lavori in Commissione, aveva sostenuto che la mancanza di precedenti o di norme espresse «non preclude» alle Presidenze delle Camere la facoltà di «apprezzare le particolari ed eccezionali circostanze che vi hanno dato causa, ad un livello di straordinarietà da indurre ad una interpretazione estensiva» delle norme regolamentari vigenti (così l'on. Pertini, cfr. *Circolari e disposizioni interpretative del Regolamento emanate dal Presidente della Camera (1948-1978)*, Roma, Camera dei Deputati – Segretariato generale, 1979, 397 ss.).

È stato inoltre ribadito come dai principi regolamentari e dai precedenti, quanto al rapporto tra il presidente della Commissione e l'organo che lo ha eletto, deriverebbe «l'inammissibilità di strumenti che implicino sfiducia al Presidente della Commissione e ne chiedano le dimissioni, dovendosi ritenere sottratta alla volontà della maggioranza la permanenza in carica del medesimo» (cfr. A.C., Giunta per il Regolamento, res. somm., riunione del 21 gennaio 2009, 3 ss., spec. 5-6). Sul punto v. anche T. MARTINES, G. SILVESTRI, C. DECARO, V. LIPPOLIS, R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 2011, 2a ed., spec. 82-83.

Sul punto in dottrina cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 416; R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*, cit., 317-318; nonché v. tra gli altri D. PICCIONE, *La Commissione di vigilanza RAI all'inizio della XVI legislatura: tra anomalie di composizione, poteri di revoca, e scioglimento degli organismi bicamerali (cronaca di un'elezione infelice sfociata in conflitto di attribuzione)*, in *Giur. cost.*, vol. 54, 4/2009, 3581-3594; V. VICENZI, *La Commissione Rai: una vicenda del tutto singolare, giuridica ovvero politica*, in *Rassegna parlamentare*, 1/2009, 69-93; R. DICKMANN, *Profili giuridici dello scioglimento della Commissione parlamentare di vigilanza sulla Rai all'inizio della XVI legislatura*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 159/2008, 7-15; M. MANETTI, *L'incerto destino della Commissione parlamentare di vigilanza sul servizio pubblico radiotelevisivo*, in E. ROSSI (a cura di), *Studi pisani sul Parlamento*, vol. II, Pisa, Pisa University Press, 2008, 485-494; P. MAZZINA, *Quis custodiet custodes? Spunti di riflessione sul "caso Villari"*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2008; S. CECCANTI, *Osservazioni sul caso Villari*, in *Astrid Rassegna*, 2/2009; A. GHIRIBELLI, *La Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi dopo il "caso Villari" alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 69/2009*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 20 maggio 2009.

dell'opposizione abbia determinato un'alterazione dell'assetto garantista previsto dal legislatore, richiamando il fondamentale ruolo dialettico che l'opposizione parlamentare svolge nella forma di governo parlamentare, nonché il fatto che leggi, regolamenti parlamentari, convenzioni e prassi costituzionali prevedono ruoli e procedure volte a garantire l'opposizione.

2. La questione circa la composizione del COPASIR

Due sono le questioni giuridiche più rilevanti che emergono da tale vicenda e che, ci sembra, meritano di essere esaminate in maniera distinta: da un lato, la composizione, e, dall'altro, la presidenza del COPASIR.

Della composizione dell'organo si è già detto, sottolineandosi qui la rappresentanza paritaria della maggioranza e delle opposizioni (art. 30, comma 1, legge n. 124 del 2007). È stato, infatti, osservato come tale equilibrio costituisca nella specie un principio portante⁹, benché non manchi un riferimento alla proporzionalità rispetto ai gruppi parlamentari¹⁰, il quale, però, non implicherebbe il diritto per tutte le forze politiche di essere rappresentate¹¹. Per dirimere la questione, dunque,

⁹ Cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 401-402, secondo cui sono in questo senso «da individuare l'elemento e il momento rilevanti per verificare l'eventuale passaggio all'opposizione [...] o alla maggioranza di un componente: le dichiarazioni del Presidente di Gruppo? O si dovrebbe valutare il comportamento sui singoli provvedimenti della maggioranza? Oppure occorrerebbe attendere il primo voto di fiducia?». Tuttavia essi evidenziano come «la prassi sembra essere in quest'ultima direzione ed appare condivisibile, trattandosi di un dato formale». Sul punto cfr. anche G. DE FILIO, *La presidenza del COPASIR deve andare all'opposizione. Ma chi è all'opposizione?* in [laCostituzione.info](#), 11 giugno 2018, nonché S. CURRERI, "Super-maggioranze" e "super-opposizioni", cit., il quale aderisce alla tesi circa la presa in considerazione delle votazioni fiduciarie al governo. L'A. si interroga su come "contare" l'astensione, citando due precedenti in cui il componente di un gruppo parlamentare astenutosi in sede di voto di fiducia ha poi ricoperto un incarico destinato a membri dell'opposizione (uno proprio relativo al COPASIR, in particolare riferito alla XVII legislatura quando il sen. Stucchi fu eletto il 6 giugno 2013 nonostante il proprio gruppo di appartenenza – Lega Nord – si fosse astenuto sulla mozione di fiducia al governo Letta) e giunge alla conclusione per cui un gruppo politico sia da considerarsi di opposizione solo se ha votato contro la fiducia al governo. Più ampia la definizione di opposizione offerta da L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., spec. 243 e A. MANZELLA, *Il Parlamento* (1977), Bologna, Il Mulino, 2003, 3a ed., spec. 349, i quali la identificano con tutte le forze politiche che non hanno votato favorevolmente al governo, quindi includendovi sia i contrari sia gli astenuti.

Più in generale sull'identificazione dell'opposizione parlamentare, distinta dalla minoranza parlamentare (cfr. S. SICARDI, *Maggioranza, minoranze e opposizione nel sistema costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1984, spec. 29-30; L. DI STEFANO, *Tutela giudiziale delle minoranze parlamentari e giurisdizionalizzazione del conflitto politico. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019, 1-41, spec. 4 ss.), v. la definizione di G. DE VERGOTTINI, *Opposizione parlamentare*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 532-561, spec. 532, secondo cui essa sarebbe «diretta a controllare l'operato del Governo, condizionandone e influenzandone l'indirizzo, sulla base di un diverso orientamento programmatico e in vista di una futura sostituzione della compagine governativa (opposizione-funzione), svolta dai gruppi parlamentari minoritari esterni alla maggioranza governativa (opposizione-organizzazione)».

Sul punto v. l'annosa questione del c.d. "statuto delle opposizioni" (v. *ex multis*, M.E. GENNUSA, *Lo "statuto" dell'opposizione*, in [Le Istituzioni del Federalismo](#), 1/2001, 241-268, spec. 244 ss.; G. CAVAGGION, *Quali prospettive per lo statuto delle opposizioni? Riflessioni a partire dall'esperienza degli ordinamenti regionali*, in [Rivista AIC](#), 2/2017, 1-30) con particolare riferimento a Corte cost., [ord. 17 del 2019](#), laddove «[l]a mancata introduzione di una definizione costituzionale, anche minima, dello statuto dell'opposizione chiude la strada di accesso alla Corte costituzionale nelle ipotesi di sostanziale prevaricazione da parte della maggioranza parlamentare» (così M. CAVINO, *La necessità formale di uno statuto dell'opposizione*, in [Federalismi.it](#), 4/2019, 1-7, spec. 7).

¹⁰ Cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 401-402. Osservano L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., 183, come il riferimento ai gruppi e alla proporzionalità sia subordinato rispetto a quello della paritarietà nella composizione tra maggioranza e opposizione, «altrimenti, non avrebbe senso alcuno il "comunque", collocato nell'ultima parte della disposizione».

¹¹ Cfr. R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*, Milano, Franco Angeli, 2015, spec. 354, laddove si richiama la seduta del 21 maggio 2008 della Giunta

potrebbe soccorrere la prassi parlamentare, favorevole ad un generale «continuismo» rispetto al «calcolo effettuato ad inizio legislatura, anche dopo il passaggio dei singoli ad altri Gruppi [...], purché sia rispettato il criterio della pariteticità fra maggioranza ed opposizione», mentre più spesso è stato «sacrificato quello della proporzionalità»¹².

Epperò, la prevalenza del criterio legislativo di composizione paritaria tra maggioranza e opposizione ebbe subito una prima disapplicazione con la formazione del governo guidato da Mario Monti nel 2011¹³; in quella circostanza l'amplessima maggioranza parlamentare a sostegno del governo determinò una composizione del COPASIR con soli due componenti di opposizione che fu mantenuta fino al termine della legislatura. Tale precedente viene, del resto, richiamato nella lettera congiunta dei Presidenti delle Camere al fine di fronteggiare la (per molti versi) analoga situazione attuale. In quella circostanza i Presidenti delle Camere ritennero che, anche alla luce del contesto parlamentare, l'automatica applicazione del criterio di paritarietà tra maggioranza e opposizione avrebbe non tanto favorito il raggiungimento dell'obiettivo della disposizione legislativa (ossia l'esercizio di una delicata funzione di controllo parlamentare indipendentemente dalla prevalenza numerica dell'una sull'altra), quanto invece determinato una rappresentanza sovradimensionata dell'unico gruppo di opposizione: ciò avrebbe non solo snaturato del tutto la *ratio* di una composizione paritaria prevista dalla disposizione (la quale non pare aver minimamente immaginato la possibilità di uno sbilanciamento così significativo nei rapporti di forza tra maggioranza e opposizione), ma comportato anche una radicale violazione del principio di proporzionalità.

Anche con riguardo all'attuale scenario, dunque, la meccanica applicazione del criterio di pariteticità determinerebbe una significativa alterazione del criterio della rappresentanza proporzionale a vantaggio di una sovra-rappresentazione del gruppo Fratelli d'Italia che, infatti, con una limitata rappresentanza parlamentare (si tratta di 20 senatori e 36 deputati, rispettivamente corrispondenti al 6,23% e al 5,72% del *plenum* delle corrispondenti assemblee), andrebbe ad occupare la metà dei componenti dell'organo¹⁴. Sicché pare ragionevole aderire ad una lettura «continuista» tale per cui possa trovare conferma il precedente del 2011 e mantenersi inalterata la composizione dell'organo.

3. ... e quella sulla sua presidenza.

La seconda questione, concernente la presidenza del COPASIR, risulta ancora più articolata.

La tesi per cui tale carica spetterebbe in maniera inequivoca ad un esponente di Fratelli d'Italia,

per il Regolamento della Camera dei deputati, la quale, chiamata a pronunciarsi sulla questione della mancata rappresentanza del Gruppo UDC nel Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica, pur dichiarandosi non competente ad esprimersi sulla composizione di un organo bicamerale previsto dalla legge e non dai regolamenti parlamentari, decise ugualmente per cortesia istituzionale offrire una precisazione circa il fatto che non vi sarebbe alcun diritto di tutti i gruppi parlamentari (siano essi di maggioranza o di opposizione) di essere rappresentati in questo organo: in particolare cfr. A.C., Giunta per il Regolamento, res. somm., riunione del 21 maggio 2008, spec. 3-4.

Come ricorda S. CURRERI, "*Super-maggioranze*" e "*super-opposizioni*", cit., un simile problema si è presentato nella XVII legislatura quando a seguito del passaggio del sen. Esposito dal gruppo di Forza Italia a quello del Nuovo centro destra, il primo restò privo di rappresentanti nel COPASIR per ben due anni. Al mancato raggiungimento di un accordo politico in sede di Conferenza dei Capigruppo riunita di Camera e Senato seguì una disposizione legislativa che ampliò di due membri la composizione di questo organismo limitatamente al periodo fino al termine della XVII legislatura (cfr. art. 20, legge 21 luglio 2016, n. 145 "Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali").

¹² Cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 402, i quali osservano come vi siano due deroghe al criterio della proporzionalità, ossia nel caso di «formazione di un Gruppo nuovo di una tale consistenza da aver diritto di far parte dell'organo» o per «la scomparsa di un Gruppo rappresentato».

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Cfr. S. CURRERI, "*Super-maggioranze*" e "*super-opposizioni*", cit.

in qualità di attuale unico gruppo di opposizione, sarebbe sostenuta sia dalla *ratio* della disposizione (volta a dare applicazione al principio della separazione dei poteri)¹⁵, sia dall'unico precedente che può essere richiamato.

A seguito della formazione del governo Monti (novembre 2011), a cui soltanto il gruppo parlamentare della Lega Nord negò la fiducia, si pose, infatti, il problema della presidenza del COPASIR allora guidato da D'Alema. Benché, avendo votato la fiducia al nuovo Governo, avesse rimesso il mandato ai Presidenti delle Camere al fine di favorire la propria sostituzione con un esponente dell'opposizione, D'Alema venne ugualmente riconfermato per decisione unanime dei gruppi parlamentari e sulla base, secondo i firmatari della lettera-appello più sopra richiamata, di un riferimento al principio consuetudinario tipico del diritto parlamentare del *nemine contradicente*¹⁶. La vicenda, pertanto, anche nella lettura datane in dottrina, non risulterebbe significativa¹⁷ nel caso che le opposizioni parlamentari decidano di non rivendicare alcune cariche che spetterebbero loro, ma costituirebbe un'eccezione (sulla base del richiamato principio consuetudinario parlamentare) giustificata da un contesto diverso, data la presenza allora di un governo "tecnico" e non "politico"¹⁸.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Il richiamo del principio consuetudinario del *nemine contradicente* da parte degli autori della lettera-appello risulta problematico proprio nel momento in cui questo, evocato con esplicito riferimento alla possibilità di derogare alle disposizioni dei regolamenti parlamentari, viene tuttavia fatto valere nei confronti di una disposizione legislativa, ossia l'art. 30, comma 3, della legge n. 124 del 2007. La dottrina risulta concorde nel circoscrivere l'operatività del suddetto principio consuetudinario alle sole disposizioni dei regolamenti parlamentari: cfr. A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., spec. 50, il quale individua tra le "consuetudini permissive" (su cui v. in particolare V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, Cedam, 1984, spec. 156-157) «la consuetudine che consente, *nemine contradicente*, cioè con l'unanimità dell'assemblea, di derogare, di volta in volta, a disposizioni regolamentari, senza però incidere sulla loro normale efficacia che permane intatta al di là della singola deroga. [...] possono essere oggetto di questa "disponibilità", da parte dell'assemblea unanime, soltanto le norme regolamentari che non incidano sull'efficacia delle norme costituzionali sui procedimenti parlamentari». Nello stesso senso v. anche G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, Cedam, 1972, spec. 156; T. MARTINES, G. SILVESTRI, C. DECARO, V. LIPPOLIS, R. MORETTI, *Diritto parlamentare*, cit., 48-49; R. IBRIDO, *Clausola del "nemine contradicente"*, in *Rassegna parlamentare*, 2/2011, 367 ss.; ID., *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*, cit., spec. 23 ss., nonché 79, laddove l'A. sostiene che il *nemine contradicente* si estenderebbe «esclusivamente al diritto prodotto in piena autonomia ed indipendenza dalla Camere (il diritto "delle" Assemblee), ma non all'intero settore del diritto "sulle" Assemblee, e precisamente alle norme costituzionali sul Parlamento». In senso analogo anche G. PICCIRILLI, *La fase parlamentare del procedimento di formazione della legge di revisione: questioni assodate e problemi aperti*, in AA. VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Atti del Convegno del Gruppo di Pisa (Catanzaro 8-9 giugno 2018), Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 27-66, spec. 58, il quale sostiene che tale principio consuetudinario «costituisce applicazione concreta della "disponibilità" del diritto parlamentare, in nome di una consolidata visione secondo la quale qualsiasi norma scritta o consuetudinaria – fatte salve quelle meramente riproduttive del disposto costituzionale – può essere disapplicata occasionalmente o strutturalmente dinanzi all'accordo tra i consociati (o, almeno, all'assenza di opinioni contrarie)».

Con riferimento invece all'art. 30, comma 3, della legge n. 124 del 2007 – la cui *ratio* è stata probabilmente quella di porsi a tutela di interessi non disponibili da parte delle forze politiche, ma su cui v. la critica di L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, cit., spec. 184, secondo i quali l'attribuzione della presidenza del COPASIR a un esponente dell'opposizione per via legislativa sarebbe un'invasione della tradizionale riserva regolamentare parlamentare – nella lettura dei Presidenti delle Camere (sia del 2011 sia nell'attuale) non viene in rilievo tanto il principio consuetudinario qui esaminato, quanto piuttosto un'interpretazione in base alla quale le prescrizioni legislative su composizione e presidenza del COPASIR debbono essere rispettate solo nella fase costitutiva dell'organo ad inizio legislatura, laddove invece nel corso di quest'ultima possono trovare spazio soluzione convenzionale tra le forze politiche (v. *infra*).

¹⁷ Avendo nella specie le forze politiche valutato l'imparzialità e la correttezza del presidente in carica e dal momento che la «disponibilità della disposizione normativa da parte delle forze politiche che ne sono beneficiarie, in nome dell'autonomia delle camere, non toglie nulla alla sua precettività qualora esse volessero azionarla»: cfr. S. CURRERI, "Super-maggioranze" e "super-opposizioni", cit.

¹⁸ *Ibidem*, nonché la [lettera-appello ai Presidenti Fico e Casellati del 20 aprile 2021](#).

I Presidenti delle Camere hanno nondimeno delineato, nella loro missiva, una lettura diversa da quella poc'anzi delineata, là dove essi hanno integralmente aderito alle valutazioni espresse nel 2011 dai loro predecessori (quantunque la composizione non esclusivamente tecnica dell'attuale governo), nonché ad un'interpretazione per cui la previsione che il presidente del COPASIR debba essere eletto tra i componenti appartenenti ai gruppi di opposizione andrebbe esclusivamente riferita al momento della formazione del Comitato, ossia ad un momento soltanto iniziale, anche in ragione del fatto che per tale organo non è prevista, a differenza di quanto avviene per le commissioni parlamentari permanenti, alcuna forma di rinnovo in corso di legislatura¹⁹, né si disciplinano ipotesi di decadenza dalla carica di presidente²⁰. Anche con riferimento alla questione in parola, i Presidenti di Camera e Senato hanno, pertanto, ribadito l'insussistenza al momento dei presupposti per attivare un intervento autoritativo dei Presidenti delle Camere.

4. *La prassi parlamentare.*

Anche accogliendo, però, la limitativa lettura per cui la paritarietà tra maggioranza ed opposizione nonché l'elezione a presidente del COPASIR di un membro di quest'ultima sarebbero richieste soltanto nel momento costitutivo dell'organo, si può osservare come la prassi non fornisca un'unica prospettiva di analisi.

Il precedente D'Alema si presta, infatti, ad essere letto in una duplice maniera, evidenziando alternativamente il fatto che lo stesso è rimasto presidente anche a seguito del cambio di governo e del suo passaggio dall'opposizione alla maggioranza ovvero che, in quella circostanza, egli aveva rimesso il proprio mandato ai Presidenti delle Camere per essere poi riconfermato da un unanime accordo tra i gruppi parlamentari.

Potrebbe, peraltro, mostrarsi più vicino alla *ratio* dell'esistenza di tale organo (inteso come uno strumento di controllo parlamentare attraverso la valorizzazione delle opposizioni) il caso del deputato Guerini. Questi, infatti, nel corso della legislatura corrente, si è dimesso da presidente del COPASIR il 4 settembre 2019 in seguito alla formazione del governo Conte II, essendo il proprio partito passato dall'opposizione alla maggioranza, e – sebbene non sia stata possibile una riedizione del 2011 per la nomina dello stesso on. Guerini a Ministro della Difesa – il caso potrebbe avallare una lettura che, ancorché più rigorosamente riferita al dato testuale e all'efficacia dei requisiti giuridici nella sola fase costitutiva, non escluderebbe la possibilità (ma non l'obbligo) che le forze politico-parlamentari si possano accordare in via convenzionale al fine di assegnare la presidenza del COPASIR alle opposizioni, anche in corso di legislatura per adeguarsi alle (non poco frequenti) mutazioni delle compagini governative.

Per vero, a fronte di una prassi non sufficientemente dirimente e di una lettura della disposizione

¹⁹ Entrambi i regolamenti parlamentari prevedono un rinnovo biennale delle commissioni permanenti (e quindi anche dei rispettivi uffici di presidenza) con la possibilità che i loro membri vengano riconfermati (v. art. 20, comma 5, R.C.; art. 21, comma 7, R.S.).

²⁰ Quanto ai presidenti delle commissioni anch'essi risultano essere soggetti a rinnovo ogni due anni, sebbene non sia configurabile la possibilità di una sfiducia diretta entro questo termine temporale. Così cfr. V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, cit., 342-343, nonché S. CURRERI, *Le maggioranze cambiano i presidenti di commissione restano. Come risolvere il potenziale conflitto*, in laCostituzione.info, 31 agosto 2019, laddove si richiama una lettera dei Presidenti delle Camere secondo cui, essendo il ruolo di presidenti di un organo parlamentare connotato da «un carattere eminentemente neutrale, di garanzia e di arbitro fra le parti» ed essendo queste funzioni, in modo particolare con riferimento ai presidenti di organi bicamerali di controllo o di inchiesta, «insuscettibili di valutazioni fondate su un rapporto fiduciario», vi sarebbe una generale «inammissibilità di strumenti che implicino sfiducia al Presidente della Commissione e ne chiedano le dimissioni, dovendosi ritenere sottratta alla volontà della maggioranza la permanenza in carica del medesimo»: cfr. A.C., Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari, res. somm., seduta dell'8 marzo 1995, spec. 153-154.

legislativa non concorde nell'individuare il riferimento temporale della prescrizione normativa, e stante la richiesta dell'unico gruppo di opposizione di vedersi assegnata la presidenza dell'organo, oltre alla strada dell'accordo politico sono state ventilate altre soluzioni.

Alcuni avrebbero, infatti, suggerito la possibilità per il legislatore di modificare le disposizioni della legge n. 124 del 2007 in modo tale da prevedere esplicitamente il rinnovo (almeno) dell'ufficio di presidenza del COPASIR in particolari circostanze, come il cambio di governo, o in maniera periodica, come accade per le commissioni parlamentari permanenti²¹, ma non è mancato chi ha ipotizzato per Fratelli d'Italia addirittura la strada di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato²².

Un'ulteriore soluzione consisterebbe, secondo altri, nella possibilità per i Presidenti delle Camere di revocare tutti i componenti del COPASIR (come nell'analogo e già ricordato "caso Villari") e nominarne di nuovi (eventualità, questa – è vero – esclusa dai vertici parlamentari nella lettera del 6 aprile 2021, ma suscettibile di verificarsi qualora l'organo non riuscisse a funzionare, ad esempio, se diversi altri membri dovessero dimettersi o anche solo disertare i lavori del Comitato²³). In tali circostanze l'intervento dei Presidenti di Camera e Senato verrebbe a giustificarsi sulla base dei loro poteri e responsabilità, previsti tanto in Costituzione quanto nei regolamenti parlamentari, nell'«assicurare il buon andamento complessivo dei lavori parlamentari e garantire il funzionamento degli organi» parlamentari interni²⁴.

5. Considerazioni interlocutorie.

A seguito della lettera dei Presidenti delle Camere ed un certo periodo di inattività, il COPASIR ha ripreso a riunirsi e ad operare regolarmente²⁵, benché il 14 aprile 2021 il deputato Vito si sia dimesso e il senatore Urso abbia rimesso il proprio mandato. Tuttavia, com'è noto, il quadro complessivo, dopo simili incertezze pratiche e teoriche, è rapidamente mutato. In particolare, il 20 maggio scorso, a poche ore dall'annuncio dei quattro componenti del COPASIR di Partito democratico e Movimento 5 Stelle di abbandonare i lavori della Commissione fino alla completa soluzione della questione legata alla presidenza, sono giunte le dimissioni del presidente Volpi e del senatore Arrigoni (anch'egli in quota Lega).

Non si tratterebbe, tuttavia, del tentativo di aprire la strada ad un accordo politico tra i gruppi parlamentari, quanto di provocare un nuovo stallo dell'organo, ravvisabile nella richiesta da parte del *leader* di quel partito di analoghe dimissioni nei confronti di tutti i membri del COPASIR al fine (dichiarato) di una ricostituzione dell'organo rispettosa della pariteticità tra maggioranza ed opposizione.

Quest'ultima istanza non ha incontrato il favore degli altri gruppi parlamentari e dei loro rappresentanti nell'organo, tant'è che il deputato Vito a seguito delle dimissioni del presidente ha immediatamente ritirato le proprie, allegando che sarebbe venuto meno il motivo che le aveva determinate (ossia la vicenda dell'assegnazione della presidenza all'opposizione). Analogamente

²¹ È l'ipotesi avanzata da M. AINIS, *Copasir, come cambiare la legge (in una settimana)*. Parla Ainis, in [formiche](#), 7 maggio 2021.

²² Cfr. A. LAURO, *Copasir: la vita del conflitto fra poteri*, in [laCostituzione.info](#), 22 aprile 2021.

²³ In questo caso, tuttavia, si riproporrebbe la questione circa la composizione dell'organo: sarebbe possibile replicare gli esistenti rapporti di forza sulla base delle considerazioni svolte in precedenza dai Presidenti delle Camere, ovvero (forse più opportunamente trattandosi di ricostituzione) occorrerebbe rispettare la pariteticità tra maggioranza e opposizione come prescritto dalla legge, sebbene ciò determinerebbe, come già osservato, l'eccessiva sovra-rappresentazione dell'unico gruppo di opposizione, la quale verrebbe accentuata dall'indubbia attribuzione a quest'ultimo anche della presidenza del COPASIR?

²⁴ Cfr. A.C., Giunta per il Regolamento, res. somm., riunione del 21 gennaio 2009, spec. 6-7.

²⁵ In particolare v. le sedute dell'8, 14, 21 e 28 aprile, e del 6, 11 e 13 maggio.

anche i componenti, che avevano provvisoriamente abbandonato i lavori, hanno immediatamente manifestato la propria volontà di una ripresa regolare delle attività del Comitato. Una tale richiesta non dovrebbe però trovare accoglimento presso i Presidenti delle Camere, che – in linea con la decisione precedente sia di non intervenire autoritativamente sull'organo, sia sulla possibilità per il Comitato di operare nella pienezza delle proprie funzioni anche in presenza di una composizione non paritetica tra maggioranza e opposizione – verosimilmente potrebbero procedere, anche in tempi brevi e salvo ulteriori colpi di scena, alla nomina dei sostituti dei due componenti leghisti dimissionari, in modo tale che, con la successiva elezione di un membro (a dire il vero anche l'unico) dell'opposizione alla presidenza, possa chiudersi il caso legato al COPASIR.

Comunque debba concludersi, tale vicenda in maniera né infrequente né sorprendente vede sovrapporsi ad una questione di rilievo istituzionale una controversia eminentemente legata a dinamiche politico-elettorali. Se è vero che le dimissioni dell'on. Volpi da presidente hanno sbloccato nella maniera forse più lineare l'*impasse* creatasi attorno al COPASIR, non si può non osservare come non solo vadano anch'esse ricollegate alle predette dinamiche, ma che siano sopravvenute soltanto dopo diversi mesi di tensioni istituzionali che hanno indebolito il funzionamento di un organo di controllo parlamentare essenziale e in un momento particolarmente delicato, considerati i *dossier* all'ordine del giorno²⁶.

Un'ultima considerazione riguarda l'acclarata mancanza di univoci strumenti istituzionali a far fronte a vicende come quella in parola (quali la decadenza dalla carica di presidente con il dislocarsi della compagine di governo od il rinnovo in corso di legislatura dell'ufficio di presidenza²⁷), su cui, calmate le acque, è auspicabile che il legislatore effettui una costruttiva riflessione.

²⁶ Tra i più rilevanti vi sono l'inchiesta sui presunti fondi russi alla Lega, i rapporti tra il dirigente del Dis Mancini e alcuni importanti membri del Parlamento (questione assurda alla cronaca a partire dall'incontro in autogrill tra lo stesso Mancini e il senatore Renzi), o ancora il filone italiano del c.d. "*Russiagate*".

²⁷ Benché il rinnovo, se combinato alla breve durata media dei governi, non ponga del tutto al riparo dal possibile verificarsi di analoghe vicende problematiche. Si pensi a quanto avvenuto in seguito al passaggio dal governo Conte I al Conte II, quando si verificò una situazione anomala tale per cui cinque commissioni parlamentari alla Camera e sei al Senato risultarono presiedute da parlamentari della Lega, ossia da esponenti che da quel momento si collocavano all'opposizione. L'assenza di strumenti di sfiducia e la sola possibilità di rinnovo biennale, unite alla durata di poco superiore all'anno del governo Conte I nonché all'indisponibilità dei presidenti di dimettersi hanno determinato che per circa un anno numerose commissioni sono state presiedute da membri dell'opposizione, facendo venire meno quello stretto collegamento normalmente esistente tra governo, maggioranza parlamentare e presidenza delle commissioni: sul punto cfr. *amplius* S. CURRERI, *Le maggioranze cambiano i presidenti di commissione restano. Come risolvere il potenziale conflitto*, cit.; S. BARGIACCHI, *Le Commissioni parlamentari e i loro Presidenti. Continuità ed evoluzioni alla luce delle prospettive di riforma in conseguenza della legge costituzionale 1/2020*, in *Federalismi.it*, 11/2021, 1-31, spec. 24 ss.

Antonio Ruggeri
Il gioco a Carte delle Corti* **

ABSTRACT: *The paper highlights how between the European Courts and the National Courts (in particular, the Italian Constitutional Court) there is an endless "game" with Cards ... "counterfeit" by each player in order to win the game, without however realizing - due to the partial and reductive perspective adopted - that in this way a "boomerang" effect penalize the Courts themselves.*

SOMMARIO: 1. La partita tra le Corti a... *Carte taroccate* e l'angolo visuale parziale e riduttivo da cui ciascun operatore di giustizia si dispone al fine di conquistare la posta in gioco. – 2. L'art. 4.2 TUE e i bilanciamenti... *squilibrati* operati dalla Corte dell'Unione tra il principio del primato e i principi di struttura degli Stati membri lesi da atti sovranazionali. – 3. Il difetto di una *teoria delle Carte* di cui si debba far portatrice la Consulta, giustificata (e, anzi, imposta) dalla comune natura di *documenti tipicamente costituzionali* posseduta dalle Carte stesse e dalla loro parimenti comune funzione di strumenti privilegiati di salvaguardia dei diritti fondamentali (in specie, il trattamento inspiegabilmente diverso riservato dalla giurisprudenza costituzionale alla CEDU ed alla Carta di Nizza-Strasburgo, al piano della teoria delle fonti così come a quello della teoria della interpretazione). – 4. La singolare conformazione ad opera della Consulta del principio di cui all'art. 11 quale principio *quodammodo* "subcostituzionale", l'effetto *boomerang* che ne consegue e il disagio avvertito da ciascuna Corte a riconoscere che da Carte diverse da quella di cui è istituzionalmente garante possa venire una tutela maggiormente avanzata per i diritti.

1. *La partita tra le Corti a... Carte taroccate e l'angolo visuale parziale e riduttivo da cui ciascun operatore di giustizia si dispone al fine di conquistare la posta in gioco*

Nelle partite a carte ciascun giocatore punta – come si sa – a prevalere sull'avversario; qui, invece, vince la partita chi pareggia o, addirittura, ad una prima (ma erronea) impressione perde. Il punto è che i giocatori non ne sono consapevoli ed anzi tentano di aggiudicarsi la posta taroccando le carte da gioco in modo maldestro (e, forse, senza neppure averne piena avvertenza), con l'esito però di sortire un effetto *boomerang* che penalizza proprio le migliori carte che ciascuno di essi ha in mano.

Mi sono chiesto più volte in passato a cosa si debba la stranezza di questa vicenda e della sua conclusione; e la risposta che alla fine mi sono dato è che, in realtà, i giocatori non hanno piena padronanza delle carte e, forse, neppure adeguata conoscenza delle regole del gioco. Se ne ha conferma da molti segni con specifico riguardo al tavolo da gioco al quale si fronteggiano la Corte dell'Unione e la Corte costituzionale; a quest'ambito di esperienza si farà, dunque, qui specifico riferimento al fine di verificare la fondatezza dell'affermazione appena fatta, riservando nondimeno qualche cenno anche all'altro tavolo al quale siede la Corte di Strasburgo.

Come mi sono sforzato di precisare altrove, le relazioni tra le Corti non acquistano rilievo unicamente per le implicazioni di ordine istituzionale che dal modo del loro svolgimento discendono; ciò che, comunque, già di per sé è cosa meritevole della massima attenzione. Al fondo, esse disvelano un certo modo d'intendere il rapporto che ciascuna Corte intrattiene con la Carta dei diritti di cui si fa interprete privilegiato e garante, e dunque in buona sostanza testimoniano un certo modo d'intendere e di far valere la Carta stessa, ciò che essa è nella sua essenza e come se ne può (e deve) ricercare l'ottimale affermazione alle condizioni oggettive di contesto. È perciò che, a mia opinione, quella qui nuovamente riguardata da un peculiare angolo visuale è, al fondo, una questione di teoria della Costituzione, termine quest'ultimo qui pure adoperato in senso materiale e, perciò, riferito anche a Carte dei diritti, quale la CEDU o, appunto, la Carta di Nizza-Strasburgo, che con la Costituzione

* Pubblicazione effettuata ai sensi dell'art. 3, comma 14, del regolamento della Rivista.

** Testo rielaborato di un Seminario al master di II livello in *Alti studi europei*, Messina 26 maggio 2021, alla cui data lo scritto è aggiornato.

condividono l'essenza di documenti nei quali si dà il riconoscimento dei diritti fondamentali e si delineano *per generalia* gli strumenti idonei alla loro salvaguardia¹.

Ovviamente, non si contestano i tratti peculiari delle Carte di origine esterna allo Stato né, di conseguenza, delle Corti istituzionalmente deputate a darne la retta interpretazione e la salvaguardia, irriducibili per plurime ragioni (la cui esplicitazione fuoriesce dall'*hortus conclusus* di questa riflessione) rispetto alle Carte ed alle Corti costituzionali, nonché ai giudici comuni di diritto interno. E, tuttavia, le Carte suddette e la Costituzione hanno molto in comune² e si farebbe un torto alle une ed all'altra misconoscendone il significato o, peggio, dandone una riduttiva rappresentazione³. Non a caso, d'altronde, il riconoscimento suddetto è operato a mezzo di enunciati a maglie larghe e, non di rado, larghissime, così come di solito si ha per le Costituzioni, quanto meno – per ciò che è qui di specifico interesse – si ha per la nostra o altre Costituzioni ancora dei Paesi di tradizioni liberal-democratiche.

La trama aperta degli enunciati – come si sa – è un punto di forza e di debolezza allo stesso tempo dei documenti normativi che ne sono dotati, per un verso agevolandone la integra trasmissione nel tempo⁴ e, per un altro verso, però, rendendoli docili ed arrendevoli davanti alle manipolazioni della loro sostanza da parte sia dei decisori politici e sia pure degli stessi organi di garanzia, a partire appunto dai giudici che dovrebbero assicurarne la salvaguardia.

Quest'assunto non richiede qui alcuna documentazione a suo sostegno, risultando avvalorato da plurime e convergenti esperienze, al di là del merito delle soluzioni interpretative affermatesi nel corso delle vicende processuali in cui si fa questione della osservanza delle Carte in parola. Non è di qui interrogarsi sulle ragioni per cui, invece di battere la via piana delle revisioni alla luce del sole, si preferisce perlopiù far luogo a modifiche tacite – come sono usualmente chiamate – della Costituzione e, *mutatis mutandis*, anche delle altre Carte ad essa assimilabili *quoad substantiam*⁵. Di sicuro, gioca in tal senso la circostanza per cui la varietà dei casi della vita non conosce limite di

¹ La natura di documento materialmente (o – come la Corte preferisce dire – tipicamente) costituzionale è esplicitamente ammessa in capo alla Carta dell'Unione – come si sa – dalla [sent. n. 269 del 2017](#), ma non vedo come siffatto attributo non possa non considerarsi altresì riferito alle altre Carte, a partire dalla CEDU che della prima Carta si pone – come si rammenterà più avanti – a parametro di interpretazione.

² Non si capirebbe altrimenti la ragione dell'accostamento non poche volte fatto di quelle a questa e, ad esso conseguente, il confronto del modo o dei modi con cui se ne garantisce il rispetto da parte delle Corti allo scopo istituite [per tutti, v. 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, e AA.VV., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, a cura di R. Romboli e A. Ruggeri, Giappichelli, Torino 2019].

³ Si spiega, d'altronde, in questa luce la tendenza delle stesse Corti europee a “costituzionalizzarsi”, testimoniata peraltro dall'uso di tecniche decisorie che, pur nei caratteri peculiari di ciascuna di esse, racchiudono in sé ed esprimono quella doppia natura, politica e giurisdizionale assieme, che è il tratto più immediatamente qualificante dei tribunali costituzionali (e, segnatamente, per ciò che qui più da presso importa, del nostro).

⁴ In generale, sul rilievo posseduto dalla dimensione temporale nell'esperienza costituzionale, apprezzabile sotto plurimi aspetti di particolare interesse, per tutti, v. T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Giuffrè, Milano 1978, 783 ss., nonché in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 477 ss.

⁵ Le modifiche in parola, nondimeno, sono perlopiù riguardate in prospettiva descrittiva, mentre sarebbe assai interessante l'approfondimento dell'analisi volta alla ricerca delle cause che le determinano; una maggiore esplorazione di questo versante di studio promette infatti, a mia opinione, di offrire considerevoli spunti ricostruttivi tanto al piano delle relazioni che connotano la forma di governo e la stessa forma di Stato quanto – per ciò che a me pare di ancora maggiore interesse – al piano della teoria della Costituzione e dei suoi svolgimenti storico-concreti [tra gli studi recenti che le hanno fatte oggetto di raffinate indagini v., part., M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull'esperienza italiana*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 231 ss.; S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss., e i contributi che sono in AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; utili spunti a finalità teorico-ricostruttiva sono poi offerti, in prospettiva economica, da L. RAMPA, *Rigidità e flessibilità delle Costituzioni alla luce della teoria dei contratti incompleti*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1/2021, 185 ss. Infine, se si vuole, può vedersi anche il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, nel vol. coll. che ospita lo scritto di M.P. IADICICCO sopra cit., 415 ss., nonché in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2018, 20 giugno 2018].

sorta, presentandosi essi in forme continuamente cangianti, con la conseguenza che molte volte, allo scopo di farli rientrare entro i confini segnati dalla lettera degli enunciati, malgrado la duttilità strutturale di questi ultimi, si rende necessaria appunto la loro riscrittura, conseguente alla continua espansione dell'area materiale da essi "coperta". Quest'ultima, infatti, è oggetto da tempo di un processo di progressiva dilatazione senza però essere accompagnata, neppure nei suoi più significativi sviluppi, da adeguate "razionalizzazioni" con discipline di rango costituzionale, sì da ricongiungere – come, a mia opinione, si dovrebbe – forma e materia costituzionale⁶.

È chiaro, ad ogni buon conto, che – come si è più volte fatto notare – l'elastico costituzionale, malgrado la sua congenita, formidabile capacità di adattamento, va pur sempre incontro, al pari degli elastici veri e propri, a limiti suoi propri, superati i quali fatalmente si spezza. Il punto è, però, che ciò non è mai ammesso dalle Corti che seguitano a maneggiarlo come se fosse ancora perfettamente integro, ora perché inconsapevoli – volendone dare una lettura *in bonam partem* – di ciò che fanno ed ora perché, laddove scientemente lo abbiano spezzato, non hanno ovviamente alcuna convenienza a delegittimarsi, ad ammettere cioè che da garanti si sono innaturalmente commutate in decisori politici, anzi nei massimi decisori politici, ovverosia – come si è altrove detto – in un vero e proprio *potere costituente permanente*, con specifico riguardo ai casi, qui di specifico interesse, in cui oggetto di manipolazione siano proprio gli enunciati espressivi di principi fondamentali, tra i quali quelli sotto la cui "copertura" nel modo più diretto ed immediato si dispongono i diritti costituzionali, i vecchi come i nuovi⁷. Mi riferisco, in ispecie, con riguardo alla nostra Carta, ai principi di libertà ed eguaglianza: autentici valori transepocali, seppur declinati in modi anche sensibilmente diversi non soltanto nel passaggio da un'epoca storica all'altra – ciò che è del tutto naturale – ma anche, in un dato momento storico, quale quello attuale, nel passaggio da un ordinamento all'altro, pur appartenenti alla stessa grande "famiglia" delle liberal-democrazie.

Il riferimento ai valori suddetti, costitutivi di quella che a me piace chiamare la *coppia assiologica fondamentale dell'ordinamento*, è di centrale rilievo al fine della ricostruzione che si va ora facendo. Non si dimentichi, infatti, che i principi fondamentali restanti, pur disponendosi – è appena il caso qui di esplicitare – tutti su un medesimo piano orizzontale e rendendosi pronti a sottoporsi a continue e varie operazioni di reciproco bilanciamento per le peculiari esigenze dei singoli casi, sono tutti stati pensati in funzione servente della coppia suddetta.

Così è per il principio democratico, che rimanda ad una certa distribuzione della sovranità ed ai modi del suo esercizio con la massima partecipazione possibile della comunità governata alle dinamiche di apparato, in vista dell'appagamento delle istanze riportabili a ciascuno degli elementi della coppia suddetta e ad entrambi nella loro intima, inscindibile connessione⁸. Così è anche per il

⁶ Maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, possono, se si vuole, avere 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. e, già, in [Rivista AIC](#), 4/2017, 12 dicembre 2017.

⁷ Si fermi, solo per un momento, l'attenzione sul fatto che ciò che si considera sottratto al massimo atto normativo espressivo di potere costituito, la legge di revisione costituzionale, rientra invece *di fatto* nella disponibilità dell'organo istituzionalmente deputato alla salvaguardia della legalità costituzionale. Altro discorso, che ovviamente non può qui farsi, è se davvero i principi fondamentali si sottraggano (o, meglio, si sottraggano *sempre* o *interamente*) alla loro eventuale modifica; ciò che, a mio modo di vedere, non è, con specifico riguardo al caso delle innovazioni a finalità espansiva o, diciamo pure, *in melius*, comunque a pieno rispettose di ciò che i principi stessi sono nella loro essenza e volte dunque a rinvigorirne la forza e la capacità diffusiva per l'intero ordinamento (dei limiti alla revisione costituzionale si è tornati a discutere, ancora non molto tempo addietro, in occasione del convegno del Gruppo di Pisa su *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit.). Ed altra cosa ancora è che questo o quel principio possa risultare occasionalmente violato, da legge comune così come in via di mera ipotesi da una norma di Carta dei diritti o da qualsivoglia altra norma di origine esterna, senza che perciò meriti di essere caducata. Su quest'ultimo punto, qui di specifico interesse, si tornerà tra non molto.

⁸ Su di che, part., la densa riflessione teorica di G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009. Sul principio di eguaglianza sostanziale, v., poi, ora, l'ampio studio di P. MASALA, *I diritti fra stato e Regioni nell'emergenza sanitaria, a vent'anni dalla revisione del Titolo V: quali*

riconoscimento del valore di autonomia, nelle sue plurime espressioni (e, in specie, nelle sue realizzazioni a mezzo di enti a base territoriale), o, ancora, per fare ora l'esempio ai nostri fini maggiormente illuminante, per il valore della pace e della giustizia tra le nazioni, in funzione del cui appagamento si giustificano (e, anzi, impongono) le limitazioni della sovranità. Un disposto, questo dell'art. 11, che nasce dalla memoria storica delle nefandezze perpetrate nel corso del secondo conflitto bellico ad opera di uomini innaturalmente commutatisi in belve assassine, responsabili del soffocamento della libertà e, prima ancora, della dignità e della vita di milioni di persone⁹.

Ebbene, il principio fondamentale di apertura alla Comunità internazionale ed alle organizzazioni in essa costituite allo scopo di preservare la pace e la giustizia tra le nazioni è, sì, indubitabilmente un *principio-fine*, che ha un pregio incommensurabile in sé e per sé, ma è anche – come si è venuti dicendo – un *principio-mezzo*, senza la cui affermazione i principi di cui agli artt. 2 e 3 della Carta costituzionale resterebbero confinati nel mondo delle mere astrazioni o – peggio – suonerebbero quali beffarde enunciazioni scopertamente contraddette da una realtà da essi discosta, quando non addirittura ostile.

In realtà, tutti i principi fondamentali, *proprio perché tali*, se riguardati *uti singuli* si presentano inautonomi e incapaci di farsi – come si deve – valere, mentre acquistano teorico e pratico senso solo nel loro fare “sistema”, ciascuno offrendosi agli altri e tutti concorrendo alla loro incessante rigenerazione semantica, solo in tal modo dando un senso complessivo all'idea di Costituzione, nell'accezione materiale sopra indicata¹⁰.

La conclusione appena raggiunta è preziosa – a me pare – allo specifico fine di ambientare in modo adeguato e su un terreno solido le relazioni tra le Corti, dando loro modo di svolgersi linearmente e con profitto a beneficio delle Carte di cui le stesse sono garanti e, dunque, in buona sostanza, dei diritti da esse riconosciuti.

Ebbene, come si tenterà ora di mostrare con la massima sintesi, proprio il principio di apertura appare essere stranamente ed indebitamente lasciato in un cono d'ombra, quando non addirittura messo disinvoltamente da canto, sia da parte della Corte dell'Unione nei riguardi degli Stati e sia da questi verso quella¹¹. È un errore madornale, gravido di negative implicazioni a cascata, a plurimi piani istituzionali, e rilevabile in molti campi materiali di esperienza. Non ci si avvede, infatti, che in tal modo ne risentono gravemente proprio i valori di libertà ed eguaglianza che, per effetto del principio di apertura, possono attingere senza sosta quanto di meglio *ab extra* proviene in funzione del loro ottimale appagamento e, con esso, di taluni bisogni elementari dell'uomo, e, in ultima istanza, di quanto si rende necessario affinché la persona possa davvero condurre un'esistenza, oltre (e prima ancora) che libera, dignitosa.

lezioni possono trarsi e quale “ribilanciamento” occorre realizzare, per una più efficace garanzia dell'uguaglianza sostanziale? in Costituzionalismo.it, 1/2021, 17 maggio 2021, 137 ss.

⁹ Mi scuso per quello che a qualcuno potrebbe sembrare un cedimento alla retorica ma che di sicuro non lo è per chi, come me, ha avuto il padre (o altro familiare) rinchiuso in un *Lager* nazista, miracolosamente sopravvissuto, portando nondimeno per tutta la vita su di sé i segni di ferite fisiche e morali mai rimarginate.

¹⁰ Considero, infatti, tratto connotativo e qualificante l'essenza dei principi la loro incapacità non soltanto di reggersi in piedi ed inverarsi nell'esperienza senza il necessario, reciproco supporto ma anche (e prima ancora) il loro essere privi di senso alcuno in mancanza dell'opera di rigenerazione semantica vicendevolmente apprestata e da tutti assieme offerta agli enunciati restanti, sì da avere rilievo unicamente nella loro unità significante. Basti solo considerare, ad es., che anche il principio di autonomia è stato pensato in funzione dell'ottimale appagamento delle istanze che fanno capo alla coppia assiologica suddetta, e così via per gli altri principi fondamentali.

¹¹ Con riferimento a quest'ultimo profilo della questione, è poi da tener conto anche del fatto che la codificazione dei diritti da parte della Carta di Nizza-Strasburgo, unitamente all'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale, ha, a mia opinione concorso, ad alimentare alcune remore sia del nostro che di altri tribunali costituzionali nel dar voce al principio fondamentale di apertura al diritto avente origine esterna, secondo quanto si vedrà ancora meglio a momenti. Si teme, infatti, che possa finire con l'andare smarrita l'identità costituzionale dello Stato, trascurandosi tuttavia il dato elementare, su cui ho in altri luoghi ripetutamente fermato l'attenzione, secondo cui della *nostra* identità costituzionale, assiologicamente intesa, siccome risultante dall'insieme dei valori fondamentali positivizzati nella Carta, fa parte *pleno iure* anche il valore di apertura.

2. *L'art. 4.2 TUE e i bilanciamenti... squilibrati operati dalla Corte dell'Unione tra il principio del primato e i principi di struttura degli Stati membri lesi da atti sovranazionali*

In ambito eurounitario il principio di apertura trova esplicito riconoscimento, in specie, nell'art. 4.2 TUE, laddove è sancito – come si sa – l'impegno dell'Unione di mantenersi rispettosa dell'identità nazionale quale risulta dalla struttura fondamentale degli Stati membri¹². In altri luoghi si è discusso al riguardo di una sorta di “comunitarizzazione” dei “controlimiti”. Certo, si è, ad ogni buon conto, che atti sovranazionali lesivi dei principi di base dell'ordinamento interno si espongono alla loro impugnazione sia in sede eurounitaria, per il *vulnus* indiretto recato al disposto in parola che si offre a “copertura” dei principi stessi, e sia pure, ovviamente, in sede nazionale, opponendosi al loro ingresso nel territorio dello Stato l'arma dei “controlimiti”¹³. Due rimedi, peraltro, cumulabili, nulla escludendosi che, dopo l'interpello della Corte dell'Unione e non essendosi avuta da quest'ultima giustizia, sia adito il giudice nazionale o, magari – e perché no? –, lo siano simultaneamente entrambe le Corti. È chiaro che potrebbe, poi, assistersi ad un conflitto tra giudicati (in specie, laddove avverso la pronuncia del giudice lussemburghese dovessero essere esposti in ambito interno i “controlimiti”); di contro, per il caso che il giudice interno si pronunzi per primo, la Corte dell'Unione sarebbe – a me pare – tenuta ad allinearsi al verdetto dallo stesso emesso quale genuino interprete e garante dei principi di struttura dell'ordinamento di appartenenza.

Con riferimento al caso che sia chiamato a pronunciarsi per primo o in via esclusiva il giudice eurounitario, si pone il problema di quali possano essere i punti di riferimento maggiormente solidi dai quali il verdetto emesso a Lussemburgo possa tenersi in sede di accertamento della violazione

¹² La formula ha attratto l'interesse di una nutrita schiera di commentatori che ne hanno prospettato letture di vario segno, delle quali nondimeno non può qui farsi parola alcuna [indicazioni in G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e, dello stesso, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 333 ss.; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss., e, dello stesso, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. soc.*, 4/2019, 691 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l'interpretazione dell'“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss.; AA.VV., *Oxford Principles of European Union Law, I, The European Union Legal Order*, a cura di R. Schütze e T. Tridimas, OUP, Oxford 2018, ed ivi, part., B. GUASTAFERRO, *Sincere Cooperation and Respect for National Identities*, 350 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in Federalismi.it, 20/2018, 24 ottobre 2018, spec. §§ 5 e 6; F.-X. MILLET, *Plaidier l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 831 ss.; v., inoltre, i contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna - C. Fasone - G. Piccirilli, in *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018, 205 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, ESI, Napoli 2018, spec. 82 ss. e 163 ss.; C. PANZERA, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della “doppia fedeltà”. L'esperienza italiana*, in *Rev. gen. der. cost.*, 29/2019; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2019, 338 ss., e, della stessa, *Unità nella diversità o diversità nella unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in Rivista AIC, 2/2019, 9 giugno 2019. Infine, T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in Europe: the Identity of the Constitution. A Regional Approach*, in *German Law Journal*, 21/2020, 105 ss.].

¹³ Particolarmente tenace la difesa da parte del tribunale costituzionale tedesco della identità costituzionale ripetutamente messa in atto, senza mezzi termini o – per dirla con L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁵, Giappichelli, Torino 2019, 129 – “tra il provocatorio e l'agguerrito”; allo stesso tribunale si deve la elaborazione di un *test* di compatibilità del diritto eurounitario rispetto all'identità in parola inaugurato in occasione del *Lissabon Urteil* e quindi messo ulteriormente a punto con successive pronunzie, tra le quali *Solange III*, *Gauweiler/OMT* e *Weiss*. Nello scritto ora richiamato si fa, poi, opportunamente notare come l'orientamento manifestato dal giudice costituzionale tedesco abbia influenzato anche altri giudici nazionali, come quello ungherese. Richiamandosi ad alcune recenti pronunzie dello stesso tribunale costituzionale tedesco e del Consiglio di Stato francese, un'accreditata dottrina [M.P. CHITI, *Il declino del primato del diritto dell'Unione europea nella recente giurisprudenza tedesca e francese*, in Astrid, 9/2021, 24 maggio 2021] si è spinta fino al punto di discorrere di un vero e proprio “declino” del primato del diritto eurounitario: affermazione che, nondimeno, a mia opinione, attende altre e ancora più probanti conferme.

dell'art. 4.2 dovuta alla incisione operata a danno di uno o più dei principi di struttura di diritto interno. Non è casuale – come si è fatto altrove notare – che faccia al riguardo difetto uno strumento analogo al rinvio pregiudiziale ed azionabile in verso discendente: una lacuna in realtà apparente, rimasta a bella posta scoperta, non intendendosi in alcun modo condizionare il giudizio della Corte dell'Unione, lasciata sola con se stessa nella disagiata e non di rado sofferta opera di ricostruzione delle basi portanti dell'ordinamento statale. Eppure, la Corte stessa non può trascurare di volgere lo sguardo verso l'ambiente culturale nazionale, in ispecie verso la giurisprudenza in tutte le sue espressioni, comune e costituzionale, soprattutto verso quest'ultima quale “luogo” privilegiato nel quale il diritto vigente si converte in vivente, a partire dalle sue più rilevanti espressioni positive, i principi fondamentali. È dalla giurisprudenza, dunque, che si attendono le più attendibili indicazioni idonee a fare luce sui principi suddetti e ad orientare nel verso giusto il sindacato del giudice eurounitario. Ad ogni buon conto, è chiaro che la mancanza di uno strumento, quale il rinvio pregiudiziale, che dia modo di porre puntuali e chiare domande e ricevere altrettanto puntuali e chiare risposte fa una differenza non da poco rispetto ai casi di rinvio *ex art. 267 TFUE*, disponendo pur sempre la Corte di giustizia di margini consistenti di apprezzamento discrezionale, tali da consentirle di far luogo ad un verdetto coerente con la sua funzione di massimo garante della legalità “comunitaria”¹⁴.

Nei fatti, è pur vero che il giudice dell'Unione non resta affatto neutrale in occasione della risoluzione delle controversie che insorgono tra l'Unione stessa e gli Stati, per il fatto di essere parte integrante della prima ed è, perciò, naturalmente indotto a dare sfogo alla sua intima vocazione ad agevolare il processo d'integrazione sovranazionale nel suo incessante cammino verso la meta.

Sta in ciò la ragione del mancato, paritario bilanciamento tra i principi sovranazionali, in ispecie – per ciò che è qui di specifico interesse – tra il principio del primato e quello della salvaguardia della identità nazionale. L'uno, infatti, spinge vigorosamente per la uniforme applicazione del diritto sovranazionale nei territori degli Stati che compongono l'Unione, senza dunque che lo stesso debba arrestarsi davanti ora a questo ed ora a quel principio statale¹⁵. L'altro, di contro, vorrebbe preservata l'integrità della struttura nazionale, con la conseguente affermazione del diritto sovranazionale a macchia di leopardo, senza che possa dunque farsi valere nei territori degli Stati con i cui principi fondamentali dovesse entrare in rotta di collisione.

Ebbene, questo bilanciamento – come si diceva – a Lussemburgo, in realtà, non si ha, non può aversi, traducendosi dunque in atteggiamenti autenticamente arbitrari ed equidistanti del giudice eurounitario nei riguardi delle parti. È pur vero, tuttavia, che la mole copiosa di pronunzie da quest'ultimo emesse non ci consegna un indirizzo giurisprudenziale in senso proprio, connotato cioè da linearità di svolgimenti e costanza di caratteri nel tempo; piuttosto, talora sembra quasi che lo stesso abbia un andamento – come dire? – a *zig zag*, esibendo talune oscillazioni o fratture interne che ne minano la coerenza interna, fermo nondimeno restando il complessivo orientamento nel senso sopra indicato.

Basti solo, al riguardo, porre a confronto gli esiti di due casi che – come si sa – hanno fatto molto discutere, *Melloni* e *Taricco*: nell'uno, la Corte lussemburghese, a conti fatti, manifesta una sostanziale “chiusura” nei riguardi delle istanze avanzate dal tribunale costituzionale spagnolo, facendo valere fino in fondo il principio del primato del diritto eurounitario¹⁶; nel secondo, invece, a fronte della esposizione, con particolare fermezza e vigore, dei “controlimiti” da parte del nostro giudice costituzionale, la Corte dell'Unione perviene ad un sostanziale temperamento di alcune iniziali asprezze del proprio atteggiamento, dando così prova che il “dialogo” col giudice nazionale

¹⁴ Basti solo al riguardo pensare alla selezione dei precedenti giurisprudenziali ritenuti utili per la risoluzione del caso e, in genere, alle incertezze legate alla ricognizione e messa a punto teorica dei principi di base di diritto interno.

¹⁵ Una emblematica testimonianza di come il primato sia stato (e sia) inteso si è avuta, non molto tempo addietro, dal Presidente della Corte dell'Unione K. LENAERTS, *L'eredità del procedimento Costa v. Enel*, in AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti - V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 15 ss.; nello stesso vol., v. pure, utilmente, V. PICCONE, *La primauté nell'Unione allargata*, 3 ss.

¹⁶ Mi rifaccio qui alla lettura che di questa nota vicenda ne ha dato, ancora non molto tempo addietro, L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, cit., 128.

può portare buoni frutti, per quanto un pieno ricongiungimento delle posizioni, originariamente – come si sa – molto distanti, delle due Corti nella circostanza non si sia avuto, a motivo della diversa prospettiva dalla quale ciascuna di esse ha riguardato alla medesima questione¹⁷.

3. *Il difetto di una teoria delle Carte di cui si debba far portatrice la Consulta, giustificata (e, anzi, imposta) dalla comune natura di documenti tipicamente costituzionali posseduta dalle Carte stesse e dalla loro parimenti comune funzione di strumenti privilegiati di salvaguardia dei diritti fondamentali (in ispecie, il trattamento inspiegabilmente diverso riservato dalla giurisprudenza costituzionale alla CEDU ed alla Carta di Nizza-Strasburgo, al piano della teoria delle fonti così come a quello della teoria della interpretazione)*

Di contro, l'indirizzo di cui si è fin qui fatto portatore il nostro giudice delle leggi sul versante delle relazioni con le Corti sovranazionali, riguardato nel suo complesso, parrebbe esibire tratti di minore elasticità rispetto a quelli risultanti dall'orientamento del giudice eurounitario.

Per vero, ove si riguardi, con la massima sintesi, all'indirizzo stesso, ci si avvede subito delle frequenti e vistose oscillazioni alle quali lo stesso è andato (e va) soggetto e che non agevolano la riconduzione ad una matrice unitaria delle ormai numerosissime espressioni del “dialogo” intergiurisprudenziale, come si è soliti chiamarlo, ricorrendo ad una metafora indubbiamente efficace e suggestiva – come lo sono le metafore in genere¹⁸ – ma anche concettualmente ambigua e gravata da ipoteche metodico-teoriche ad oggi non rimosse. Al fondo, a me pare che ciò si debba al difetto in capo al giudice delle leggi di una organica e compiutamente definita *teoria delle Carte*.

Qui è, infatti, a mia opinione, il *punctum crucis* della questione ora dibattuta, dal quale discendono le non poche né lievi aporie metodico-teoriche di costruzione, unitamente a talune incertezze ed anche vere e proprie contraddizioni, di cui si ha riscontro nell'ormai imponente *corpus* giurisprudenziale composto dalla Consulta in tema di diritti fondamentali e del modo o dei modi con cui assicurarne l'ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto, in ispecie avvalendosi del “dialogo” suddetto.

Ebbene, a sostegno dell'idea che si possa (e debba) far luogo alla elaborazione e messa a punto di una unitaria, seppur internamente articolata, teoria delle Carte sta il fatto stesso della comune natura di queste ultime quali strumenti volti a dare il “riconoscimento” dei diritti fondamentali, nella sua ristretta e propria accezione, quale disvelamento di ciò che, negli ordinamenti di tradizioni liberali, preesiste all'opera razionalizzatrice del diritto, risultando dotato di radici profonde e ramificate nel corpo sociale, siccome genuinamente espressivo di bisogni elementari dell'uomo fatalmente condannati a restare inappagati in mancanza del riconoscimento stesso¹⁹. Le Carte, poi, per norma, non si limitano a far luogo a quest'ultimo ma lo corredano di indicazioni volte ad assicurare la garanzia dei diritti stessi. Comune è, dunque, non solo la natura ma anche la funzione in parola: in breve, è il loro essere, *tutti, documenti materialmente costituzionali*, in quanto a pieno titolo rispondenti al modello mirabilmente scolpito nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

¹⁷ Di un “amaro finale di partita” ho discusso nella mia nota “a prima lettura” della [sent. n. 115 del 2018](#), dal titolo [Taricco, amaro finale di partita](#), in questa [Rivista](#), [2018/III](#), 488 ss.; v., inoltre, volendo, le ulteriori precisazioni svolte nel mio *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 31 dicembre 2018 (la decisione e l'intera vicenda hanno, peraltro, costituito – come si sa – oggetto di una copiosa messe di scritti, anche di respiro monografico).

¹⁸ Sulle stesse, per tutti, v. A. MORELLI - O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in [Rivista AIC](#), 1/2018, 19 marzo 2018, e, degli stessi, *Metaphors and Judicial Frame in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, forthcoming, 2020. Tutto costruito sulle metafore, poi, il volume che ospita gli *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019.

¹⁹ Su ciò che è, *in nuce*, un diritto fondamentale e come possa aversene nel modo migliore il “riconoscimento”, nell'accezione sopra detta, si è ancora non molto tempo addietro discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa tenutosi a Cassino il 10 e 11 giugno 2016 su *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

La Consulta, tuttavia, non sembra disponibile a dare a questa indicazione di partenza i suoi lineari ed obbligati svolgimenti; tiene, infatti, a rimarcare pur sempre lo “stacco” tra la Costituzione e le altre Carte, pur all’interno di un pensiero – come si diceva – complessivamente incerto e confuso. Uno stacco che appare particolarmente marcato in relazione alla CEDU, al piano della teoria delle fonti ambigualmente qualificata – come si sa – dalle sentenze “gemelle” del 2007 in avanti quale fonte “subcostituzionale” e, al piano della teoria della interpretazione, in buona sostanza devitalizzata, in consistente misura, nella sua *vis* prescrittiva, col fatto stesso di considerare le interpretazioni che se ne danno nelle pronunzie della Corte di Strasburgo non vincolanti per gli operatori nazionali (per ciò che qui specificamente interessa, i giudici comuni e – si faccia caso – la stessa Corte costituzionale) laddove le pronunzie stesse appaiano inidonee a comporsi in indirizzi “consolidati”²⁰ ovvero non appartengano al “tipo” delle decisioni-pilota²¹.

Non torno qui a sottoporre ad esame critico la [sent. n. 49 del 2015](#) con la quale è stato – come si sa – inaugurato questo *trend*, poggiante sull’assiomatica e tranciante affermazione del “predominio assiologico” della Costituzione sulla Convenzione (e – viene da pensare – anche sulle altre Carte): quasi che la prima sia *sempre* in grado di offrire ai diritti una tutela maggiormente avanzata di quella che può ad essi venire dalla seconda. La qual cosa, a tacer d’altro, fa a pugni con il carattere “sussidiario” che è proprio della Convenzione stessa e che le dà modo di farsi valere in ambito interno in quanto si dimostri attrezzata a dare ai diritti un ristoro maggiore di quello che si avrebbe in applicazione delle norme nazionali (anche costituzionali, dunque). D’altronde, la stessa giurisprudenza costituzionale non si è trattenuta dal riconoscere che dalla CEDU può discendere una tutela “più ampia” di quella derivante dal diritto interno²². Se, poi, dovesse ritenersi che si è inteso far riferimento a tutte le norme nazionali eccezion fatta di quelle costituzionali, francamente non si capirebbe perché mai nel novero delle norme interne poste a confronto con quelle convenzionali non dovrebbero essere incluse quelle apicali risultanti dalla Carta costituzionale, tra l’altro alle prime omogenee per struttura e funzione. Non si dimentichi, d’altronde, che – per riconoscimento ormai non contestato da alcuno – proprio le norme della legge fondamentale della Repubblica si prestano perché se ne faccia applicazione diretta laddove facciano difetto norme di legge specificamente riguardanti il caso; ed è chiaro – tengo qui a rilevare di passaggio – che, così come può aversi applicazione diretta della Costituzione, può aversi altresì della Convenzione (e, generalizzando, di altre Carte), tanto più che, in realtà, proprio in relazione ad essa la legge c’è, ed è quella che vi ha dato esecuzione in ambito interno.

Ad ogni buon conto, non sembra che la Consulta sia disponibile, perlomeno ad oggi, a fare oggetto di critico ripensamento l’orientamento manifestato nella sent. 49, malgrado la pioggia di rilievi di vario segno su di esso caduta. Mi limito solo ad osservare che appare essere francamente misteriosa la ragione che induce a qualificare non vincolanti in molti casi le letture della Convenzione somministrate dal giudice europeo, pur laddove gli atti che le contengano abbiano prodotto la cosa giudicata, con la conseguenza negativa, di tutta evidenza, che diritti ai quali sia dato appagamento dagli atti stessi possono risultare non adeguatamente salvaguardati in ambito interno.

Il vero è che in una sola evenienza potrebbe astrattamente giustificarsi lo scostamento in parola, laddove cioè il giudice nazionale sospetti che la norma convenzionale, così come intesa dalla Corte europea, entri in rotta di collisione con norma costituzionale, sì da trovarsi poi nella incresciosa situazione di doverla sottoporre al sindacato della Consulta (come di consueto, per il tramite della prospettazione di una questione di costituzionalità avente ad oggetto la legge di esecuzione della CEDU “*nella parte in cui...*”).

²⁰ Una notazione di passaggio: non vedo cosa aggiunga di più la qualificazione dell’indirizzo come “consolidato”, posto che già nel sostantivo è implicito – a me pare – il carattere seriale delle pronunzie che compongono l’indirizzo stesso, nel senso appunto della loro concordanza nel tempo e convergenza verso un obiettivo unitario.

²¹ Per una complessiva riconsiderazione critica della giurisprudenza costituzionale sulla CEDU, v., di recente, il mio *La CEDU e il gioco degli specchi deformanti alla Consulta*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2/2021, 15 maggio 2021, 263 ss.

²² V., ad es., [Corte cost. sent. n. 25 del 2019](#).

Eppure, anche questa spiegazione, che potrebbe a prima impressione apparire dettata da buon senso, non persuade ugualmente, per più d'una ragione.

In primo luogo, non si capisce perché mai dovrebbe valere solo per le pronunzie della Corte di Strasburgo e non pure per quelle della Corte dell'Unione. Né vale opporre che diverso è il rango (“paracostituzionale” o costituzionale *tout court*) di cui queste ultime sono dotate, diversamente dalle prime che ne sarebbero prive. Qui, infatti, non si fa questione di rango bensì di prescrittività; e, come si viene dicendo, non si capisce come possa riconoscersi siffatta proprietà in capo ad alcune decisioni (espressive di un indirizzo “consolidato”) e non pure di altre, senza peraltro trascurare la circostanza – per vero, assai singolare – che si ha nel momento in cui ci si avveda che una pronunzia dapprima giudicata non vincolante sia poi stata seguita da altre, sì da “consolidarsi”, quando però è ormai troppo tardi²³.

L'ipotesi del conflitto tra norma convenzionale e norma costituzionale, sopra prospettata, resta, ad ogni buon conto, oggettivamente remota; piuttosto, potrebbe immaginarsi, questo sì, il caso che da Strasburgo venga ai diritti evocati in campo dal caso una tutela meno avanzata di quella ad essi offerta dalla Costituzione. Ma, in tal caso, è la stessa Convenzione, che – come si rammentava poc'anzi – ritaglia per sé un ruolo “sussidiario” rispetto al sistema delle garanzie apprestato in ambito interno, a non voler valere. Piuttosto, è da considerare che, se, per un verso, questa evenienza non può essere *a priori* scartata, per un altro verso è però da mettere in conto altresì l'ipotesi opposta, che *ab extra* si abbia un innalzamento del livello della tutela, ammesso (ma non concesso) che sia agevole far luogo a siffatte misurazioni, pur sempre di problematico riscontro, comunque rimesse all'apprezzamento del singolo operatore di giustizia.

Ebbene, proprio perché la partita è, in punto di diritto, aperta ad ogni possibile esito, preziosa ed imperdibile si rivela la reciproca apertura dell'una all'altra Carta, sollecitate a darsi mutuo alimento nei fatti interpretativi da una ormai risalente pronunzia della Consulta, la [n. 388 del 1999](#), purtroppo non portata a frutto dai successivi sviluppi giurisprudenziali com'era invece da attendersi (e sarebbe stato sommamente opportuno che fosse)²⁴.

Insomma, *il fine è l'ottimale salvaguardia dei diritti, il mezzo la reciproca e* – sembra ormai superfluo dover esplicitare – *paritaria integrazione delle Carte per il tramite della interpretazione*, la quale – come si vede – o è circolare oppure semplicemente non è. Ed è allora da chiedersi quale mai possa essere il senso e il pregio dell'ambientazione suddetta della CEDU al piano della teoria delle fonti, quando poi l'esito da quest'ultima consegnato agli operatori del diritto fa a pugno con la strategia interpretativa alla quale essi sono dallo stesso giudice costituzionale chiamati. Non si dimentichi, d'altronde, che la Carta di Nizza-Strasburgo esplicitamente richiede di essere intesa e fatta valere alla luce della Convenzione, salvo il caso che si dimostri in grado di portare più in alto il livello della tutela dei diritti²⁵; ed è allora di lampante evidenza l'aporia di costruzione che si ha – a stare all'ordine di idee fatto proprio dalla Consulta – col fatto di ritenere la fonte gerarchicamente sovraordinata, in quanto dotata di rango costituzionale, culturalmente subordinata in sede d'interpretazione alla fonte di grado inferiore, “subcostituzionale”²⁶. Una soluzione che non ha,

²³ Debbo questo rilievo ad A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 1/2019, 15 marzo 2019, 86 ss., spec. 93.

²⁴ Vi si richiama, ora, [Corte cost. sent. n. 84 del 2021](#).

²⁵ Accidentato e tortuoso – come si è fatto in altri luoghi notare – il percorso interpretativo che l'operatore è chiamato a compiere, dovendo dapprima far luogo ad una lettura della Carta dell'Unione orientata verso la CEDU e di poi ad una della prima chiusa dentro di sé, confrontare quindi gli esiti dei due percorsi e stabilire (non è chiaro in applicazione di quali criteri) infine dove si situi la maggior tutela, in vista della ottimale risoluzione del caso.

²⁶ Sia chiaro, a scampo di ogni possibile equivoco. Non si nega qui, ovviamente, che la messa a punto semantica di fonti sovraordinate possa giovare di suggestioni ed indicazioni provenienti da fonti inferiori, così come queste da quelle. La circolarità del metodo interpretativo, limpidamente messa in chiaro già da A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlagen dogmenhistorischer Untersuchungen*, Deuticke, Leipzig - Wien 1929 e mirabilmente espressa nella formula della *durchgehende Korrelation*, dunque, non è da mettere in discussione. Qui, però, le cose stanno in modo ben diverso, essendo la fonte dal punto di vista del diritto interno gerarchicamente

dunque, né capo né coda e che tuttavia linearmente e in modo obbligato discende dalla previa sistemazione piramidale delle Carte, ripugnando però – come si è venuti dicendo – con la loro comune natura di documenti materialmente costituzionali.

Per altro verso, a conferma del fatto che la effettiva condizione della Convenzione non differisce, in buona sostanza, da quella della Carta di Nizza-Strasburgo sta un dato stranamente trascurato dalla Consulta e che rende palese il vizio di astrattezza che inficia il modo con cui essa intende e rappresenta le dinamiche delle Carte, assegnando loro un posto differenziato nella scala delle fonti. La qualifica della CEDU quale fonte “subcostituzionale” non tiene, infatti, conto del fatto che la stessa, sia per l’oggetto e sia pure per il modo della sua disciplina, si confronta naturalmente con enunciati costituzionali espressivi di principi fondamentali o comunque “coperti” da principi fondamentali²⁷, con i quali soltanto dunque, a conti fatti, può farsi questione di una eventuale reciproca incompatibilità. Né più né meno, come si vede, di ciò che – *anche a prescindere dalla “copertura” apprestata dall’art. 11* – si ha per la Carta di Nizza-Strasburgo, con la quale peraltro la Convenzione condivide anche nella sua formulazione testuale – come tutti sanno – non poche espressioni linguistiche. Insomma, immaginare un contrasto tra norma convenzionale e norma costituzionale inespressiva di principi sembra essere ipotesi francamente remota, per non dire che può essere scartata in partenza. Eppure, la stessa antinomia con un principio fondamentale di diritto interno non è detto che porti di necessità alla caducazione della norma che se ne renda responsabile.

Torna infatti, ancora una volta, preziosa l’ambientazione dello studio al piano della teoria della interpretazione; ed a quest’ultimo ciò che solo conta è la ricerca della massimizzazione della tutela dei diritti in campo, a mezzo della mutua integrazione delle Carte appunto²⁸.

Non si dimentichi che, in occasione della trattazione di molte questioni di costituzionalità, si rende necessario far luogo a complesse e delicate operazioni di bilanciamento tra i beni della vita in gioco. E, poiché non di rado ciascuno di essi può apparire meritevole di tutela in quanto provvisto della “copertura” da parte di questa o quella norma della Costituzione, se ne ha che il bilanciamento tra gli

sovrordinata, la Carta di Nizza-Strasburgo, a dover essere intesa ed applicata alla luce di quanto disposto dalla fonte inferiore, la Convenzione, non valendo pertanto la reciproca.

²⁷ Vado facendo da anni oggetto di studio il meccanismo delle “coperture” su basi di valore e la loro trasmissione a cascata agli atti (o, meglio, alle norme) che sotto le stesse si dispongono e, poi, ad altri atti (e norme) ancora che ne danno ulteriore specificazione-attuazione (per un quadro di sintesi, v., volendo, il mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*⁵, Giappichelli, Torino 2009, spec. 34 ss., ma *passim*).

²⁸ Il principio (o – come lo si è altrove qualificato – “metaprincipio”) in parola è stato fatto oggetto – com’è noto – di notazioni di vario segno e persino negato in radice da un’accreditata dottrina. A me pare, tuttavia, che sia insito nel *munus* stesso del giudicare, a qualunque livello istituzionale in cui si manifesti e quale che sia la natura di chi lo eserciti, la ricerca dell’obiettivo dell’ottimale appagamento degli interessi (e, segnatamente, appunto dei diritti fondamentali) in gioco. Riferimenti ed indicazioni sulla vessata questione si sono, di recente, avuti da A. RANDAZZO, *Il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Dir. fond.*, 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss., al quale faccio altresì rimando per anteriori riferimenti di lett. Cfr., poi, 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. NASCIBENE, *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; notazioni di vario segno nei contributi che sono in *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. Caruso - F. Medico - A. Morrone, Bononia University Press, Bologna 2020; R. CONTI, [CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti](#), in questa *Rivista*, 2020/III, spec. 588 ss. Contesta la esistenza del canone fondamentale in parola R. BIN, che ne ha trattato a più riprese: di recente, in *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché nell’intervista sul tema *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in [Giustizia Insieme](#), 10 aprile 2019; mi sono sforzato di replicare agli argomenti addotti da questa dottrina in più scritti, tra i quali, oltre all’intervista suddetta cui pure ho preso parte, [Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie](#), in questa *Rivista*, 2019/III, 707 ss., spec. 714 in nt. 30; *La oscillante forza normativa della CEDU, vista dalla Consulta*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2/2020, 15 marzo 2020, 193 ss.; *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in [Rivista AIC](#), 3/2020, 10 luglio 2020, 130 ss.; *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, 10 ss.; *La CEDU e il gioco degli specchi deformanti alla Consulta*, cit., spec. 273 ss.

interessi costituzionalmente protetti ridonda ed immediatamente si converte in un bilanciamento tra le norme (non di rado, tutte espressive di principi fondamentali) sotto il cui “ombrello” gli interessi si dispongono. Sacrifici parziali e talvolta persino il sostanziale accantonamento di un principio a beneficio di un altro o di altri fanno, dunque, parte – come si sa – delle quotidiane esperienze della pratica giuridica.

Ora, per effetto della pluralità delle Carte, l’arena viene naturalmente ad allargarsi portandosi oltre l’*hortus conclusus* dell’ordinamento nazionale e distendendosi al piano delle relazioni interordinamentali. E, poiché i bilanciamenti – come pure è noto – si aprono sempre ad esiti astrattamente imprevedibili, è da mettere in conto che dall’apertura che ogni ordinamento fa agli altri possano aversi opportunità di tutela che altrimenti andrebbero perdute.

Si ha così conferma che la teoria dei “controlimiti” – com’è usualmente intesa²⁹ – pecca di astrattismo ed anzi, a dirla tutta, si rivela *in nuce* inesatta, proprio perché incompatibile con la pratica quotidiana dei bilanciamenti secondo i casi e su basi di valore. Non si capisce, invero, perché mai debba impedirsi ad una norma eurounitaria che si dimostri incompatibile rispetto ad un principio fondamentale di produrre ugualmente effetti in ambito interno, disattivandosi pertanto la “copertura” di cui essa gode da parte dell’art. 11, malgrado la norma stessa appaia in grado di offrire un servizio ad altri principi fondamentali ed alla tavola dagli stessi composta nel suo insieme, sì da portare all’esito di fissare ancora più in alto il punto di sintesi assiologica tra i beni costituzionalmente protetti evocati in campo dal caso.

Così come, infatti, può darsi il caso di norma di legge che si ponga in conflitto con un principio fondamentale e però si disponga in funzione servente nei riguardi di altri principi, preminenti in relazione alle complessive esigenze del caso stesso e che, pertanto, *debba* essere mandata assolta dal giudice costituzionale, parimenti può aversi il caso di una norma di origine esterna (e il riferimento vale ora per ogni norma, e non solo per quelle delle Carte) che rechi un *vulnus* a principi fondamentali, allo stesso tempo però offrendo un servizio ad altri principi preminenti nel singolo caso: senza, dunque, che possa farsi luogo ad un regime discriminatorio a danno della norma sovranazionale.

In ogni vicenda della vita, insomma, si tratta di ricercare la soluzione che meglio di ogni altra appaghi la Costituzione come “sistema”, nulla di più e nulla di meno di questo.

Questa conclusione – come si vede – possiede generale valenza; e, riportata al piano in cui si svolgono le dinamiche tra le Carte, ulteriormente conferma l’impossibilità di riservare un trattamento differenziato, per un verso, alla CEDU rispetto alla Carta di Nizza-Strasburgo e, per un altro verso, ad entrambe rispetto alla Costituzione.

La stella polare che guida l’operatore nel suo non di rado sofferto cammino verso la meta della definizione del caso è, dunque, data dalla ricerca della massimizzazione della tutela, in relazione ai complessivi e peculiari connotati del caso stesso visto nella sua oggettiva consistenza.

4. La singolare conformazione ad opera della Consulta del principio di cui all’art. 11 quale principio quodammodo “subcostituzionale”, l’effetto boomerang che ne consegue e il disagio avvertito da ciascuna Corte a riconoscere che da Carte diverse da quella di cui è istituzionalmente garante possa venire una tutela maggiormente avanzata per i diritti

Le notazioni svolte rendono palese – a me pare – la torsione metodica, prima ancora che teorico-ricostruttiva, operata dalla giurisprudenza costituzionale con l’anomala invenzione della dottrina dei

²⁹ Uno studio monografico particolarmente accurato ed accompagnato da una originale proposta ricostruttiva si deve a S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018. Puntuali rilievi in prospettiva comparata possono, di recente, vedersi in M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia “militante” all’autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1/2021, spec. 105 ss.

“controlimiti”, specificamente elaborata in tempi ormai risalenti³⁰ a compenso del riconoscimento del primato del diritto sovranazionale e quindi ininterrottamente tenuta ferma. Con la stessa si è infatti inteso significare che le limitazioni di sovranità conseguenti all’appartenenza alle Comunità non avrebbero comunque potuto, in alcun caso o modo, estendersi fino a colpire la massima espressione della sovranità stessa, quale si coglie – secondo una raffinata elaborazione teorica³¹ – in prospettiva assiologico-oggettiva, grazie appunto al riferimento ai principi fondamentali nei quali essa si traduce ed invero nel modo più immediato e genuino.

È proprio sul terreno dei rapporti tra diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario e diritto interno che si rende palese la stranezza costituita da un principio fondamentale, quello di cui all’art. 11, che sarebbe obbligato *per sistema* a ripiegare ed a farsi da parte – quasi avesse carattere *quodammodo* “subfondamentale” – a beneficio di altro principio fondamentale, occasionalmente urtato da una norma sovranazionale, senza aver prima verificato se, per effetto del mancato ingresso in ambito interno di quest’ultima, la Costituzione come tavola di valori fondamentali positivizzati ne abbia un guadagno ovvero una perdita. È, dunque, il carattere rigido, viziato da formalismo esasperato, della prospettiva metodica adottata dalla Consulta a rendere inaccettabili le conseguenze di ordine teorico-ricostruttive sulla sua base raggiunte, che piuttosto richiedono – come si è veduto – di essere sottoposte di volta in volta a verifica concreta, in applicazione della “logica” usuale dei bilanciamenti secondo i casi.

Il carattere “subfondamentale” del principio di cui all’art. 11 porta, dunque, allo scoperto la parzialità della prospettiva stessa, che poi ridonda in una torsione – come si diceva all’inizio di questo studio – dell’idea stessa di Costituzione ed in un freno alla sua vocazione a farsi sempre valere in *tutti* i suoi principi fondamentali ed al massimo delle loro potenzialità espressive, alle condizioni oggettive di contesto ed in relazione ai peculiari connotati dei casi.

Così, nel momento stesso in cui la Corte delle leggi si attiva a presidio di questo o quel principio fondamentale giudicato – sovente per effetto di una distorsione ottica, consapevole o inconsapevole che sia – sotto attacco da parte di una norma sovranazionale e mette da canto il principio di apertura, per un verso, si viene a smarrire il significato complessivo della Costituzione, che solo può cogliersi attraverso la congiunta e paritaria considerazione prestata a *tutti* i principi fondamentali, nel mentre,

³⁰ Particolare significato hanno avuto, al fine della maturazione di questa vicenda, i punti fermi segnati da [Corte cost. sent. n. 183 del 1973](#).

³¹ Il riferimento – com’è chiaro – è a G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005; la prima formulazione della teoria è in *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss. Su di essa si è quindi avuto un animato confronto cui hanno preso parte numerosi studiosi, tra i quali 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.; C. SALAZAR, *Territorio, confini, “spazio”: coordinate per una mappatura essenziale*, 8, e A. SPADARO, *Dalla “sovranità” monistica all’“equilibrio” pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, 2 s.; O. CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Mimesis, Milano-Udine 2019, spec. 310 ss. Per le varie accezioni della sovranità, v., poi, M.R. FERRARESE, *Percorsi della sovranità, aggirandosi tra varie definizioni e sfaccettature*, in [Nomos](#), 2/2019. Dello “Stato senza sovrano” ha ripetutamente discusso A. SPADARO, tra gli altri suoi scritti in *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994, e, più di recente, in *Dalla “sovranità” monistica all’“equilibrio” pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 2 agosto 2017, mentre di una sovranità condivisa tra Unione europea e Stati si tratta 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, cit., spec. 15 ss.; più di recente, v., inoltre, G. VOSA, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri fra Stati e Unione europea*, FrancoAngeli, Milano 2020; con specifico riferimento alla sovranità dell’Unione, v., poi, ora, la *Enquête sur la souveraineté européenne*, curata dalla Fondazione J. Jaurès e dalla Fondazione F. Ebert, in *Ipsos Public Affairs*, gennaio 2021. Una densa riflessione, con specifica attenzione ai profili di diritto penale, è poi quella di A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d’Europa*, Jovene, Napoli 2019. Infine, da una prospettiva di ancora più ampio respiro, v. E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, Il Mulino, Bologna 2020.

per un altro verso, si perviene talora all'esito di rinunciare ad una risorsa preziosa di cui potrebbe trarre beneficio la Carta costituzionale come "sistema".

La conclusione – come si vede – lascia l'amaro in bocca. La partita che si svolge al tavolo vede i giocatori che ne sono protagonisti adoperare Carte taroccate, ciascuno di essi illudendosi in tal modo di vincere la posta in gioco e vedere così salvaguardata l'integrità dell'ordinamento di appartenenza, senza però rendersi conto dell'effetto *boomerang* che – come si diceva all'inizio di questo studio – talvolta si ha, proprio per il fatto di tenere nascosta la carta migliore, quella che dà modo a ciascun ordinamento di aprirsi all'esterno, a farsi permeare e rigenerare nelle sue stesse strutture di base portando a buon fine le indicazioni provenienti *ab extra* che si dimostrino idonee a dar vita a crescenti realizzazioni dei valori fondamentali di libertà ed eguaglianza. Il vero è che si fatica, da una parte e dall'altra, a riconoscere che una Carta diversa dalla propria risulti maggiormente attrezzata di quest'ultima a dare appagamento alla coppia assiologica fondamentale suddetta. I richiami alla giurisprudenza di altri ordinamenti – come si sa, ormai assai frequenti, pur ponendosi talvolta quale il frutto di drastiche e discutibili selezioni dei precedenti –, sono infatti perlopiù operati unicamente a rinforzo di una soluzione interpretativa che si dichiara essere tutta quanta racchiusa dentro la Carta dell'ordinamento di appartenenza, giudicata immune da lacune o mende di sorta, insomma perfetta in sé e per sé e del tutto autosufficiente.

Se ne ha, peraltro, conferma dal modo con cui la Consulta perlopiù risolve le questioni di "doppia pregiudizialità", laddove – così come dalla stessa auspicato³² – sia chiamata a pronunciarsi per prima, proiettando in primo piano i profili di stretto diritto costituzionale e giudicando, in tal modo, implicitamente risolti anche quelli concernenti il rispetto della Carta di Nizza-Strasburgo: una sorta di anomala, del tutto peculiare applicazione della tecnica decisoria dell'"assorbimento dei vizi"³³, qui dovuta alla sostanziale identità del parametro, nell'assunto che quanto è stabilito da altre Carte, tra le quali appunto quella dell'Unione, si ritrova comunque anche (e in primo luogo) nella legge fondamentale della Repubblica³⁴.

Non ci si avvede, però, che le lacune, in realtà, ci sono³⁵ e che in tal modo non si rende di certo un buon servizio alla Carta, quale piuttosto potrebbe aversi mettendone a nudo le strutturali carenze e

³² ... in specie con le pronunzie del 2019, a partire dalla 20, con cui ha precisato (e, per molti, temperato e corretto) quanto affermato nella 269 del 2017 [riferimenti di vario segno ed orientamento sulla vessata questione della "doppia pregiudizialità" possono di recente aversi da A.-O. COZZI, *Sindacato accentratore di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 3/2020, 659 ss.; G. REPETTO, *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19, DB c. Consob)*, in *Giustizia Insieme*, 6 aprile 2021; S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento*, in *Eurojus*, 17 maggio 2021, e, se si vuole, dal mio *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in *Federalismi.it*, 6/2021, 24 febbraio 2021, 211 ss.].

³³ La tecnica – come si sa – è adoperata in sede di annullamento di norme di legge viziata in relazione ad un certo parametro costituzionale, sì da non rendersi quindi necessaria la verifica della loro compatibilità rispetto ad altri parametri (in tema, per tutti, A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Jovene, Napoli 2013). Ne faccio qui utilizzo adattandola alle peculiari esigenze di ordine teorico-ricostruttivo dello studio che si viene facendo, con specifico riguardo al caso di (supposta) sostanziale identità di norme della Costituzione e di norme della Carta dell'Unione e, in generale, di altre Carte (dico "supposta", dal momento che – com'è chiaro – va pur sempre assegnato valore relativo alla coincidenza della lettera degli enunciati positivi, dal momento che essi possono poi caricarsi di peculiari significati in contesti ordinamentali complessivamente diversi).

³⁴ Un solo esempio per tutti, tratto da una recente decisione del giudice delle leggi, la 49 del 2021, con la quale, accertata la insussistenza della lesione del principio di ragionevolezza, si esclude, *per ciò stesso*, la violazione degli artt. 16, 20 e 21 della Carta di Nizza-Strasburgo, rilevandosi come la tutela dell'uguaglianza e della libertà d'impresa si abbia da parte della stessa Carta e della Costituzione "sulla base di formulazioni normative e di criteri interpretativi che possono ritenersi coincidenti".

³⁵ ... e che se ne ha riscontro – come si è tentato di mostrare in altri luoghi di riflessione scientifica [tra i quali, il mio *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 18 aprile 2016] – per ogni dove, non soltanto dunque nella parte organizzativa, sulla quale resta unicamente appuntata l'attenzione di coloro che discutono delle riforme istituzionali, sia che ne patrocinino la realizzazione e sia che vi si dichiarino avversi: si hanno, insomma, anche (e prima ancora) nella

ragionando sul modo migliore per colmarle, vuoi a mezzo delle procedure apprestate dall'art. 138³⁶ e vuoi pure – per ciò che è qui di specifico rilievo – attingendo ad altre Carte, nella consapevolezza nondimeno che in casi diversi la partita può riaprirsi ad ogni suo possibile esito.

La disponibilità manifestata verso altre Carte (e Corti) acquista, poi, un particolare significato di ordine metodico che non può non essere apprezzato dall'interlocutore istituzionale di turno, sollecitato ad ispirare la propria azione al medesimo indirizzo, venendosi pertanto ad impiantare un circolo virtuoso di mutua alimentazione delle Carte, foriero di non pochi benefici nel momento in cui riesca a convertirsi e a risolversi in un autentico “diritto vivente”, anche grazie all'azione sinergica dei giudici comuni e degli operatori in genere, amministratori e privati³⁷, ovunque insomma le Carte possano proiettare la loro luce che illumina ed orienta i comportamenti umani e dà ristoro alle crescenti pretese dei diritti.

parte sostantiva e – ciò che maggiormente importa – negli stessi principi fondamentali, bisognosi di essere ancora meglio specificati e messi al passo coi tempi, in perfetta linea di continuità con la loro matrice originaria.

Solo i primi esempi che vengono in mente al riguardo, tra gli altri che potrebbero nel senso appena indicato farsi, con riferimento alla menzione, ormai non più differibile, nell'art. 9 della salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema e – per ciò che è qui di specifico interesse – nell'art. 11 di quella *Europaklausel*, di cui si fa invece opportunamente parola in altre Carte costituzionali [su di che, per tutti, 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] e, ancora, si consideri la eventualità dell'inserimento del simbolo dell'Unione nella parte centrale della nostra bandiera: a significare quella doppia appartenenza che sentiamo come nostra e che, peraltro, è di già in modo eloquente evocata dalla congiunta esposizione delle due bandiere in alcune sedi di apparato o in occasione di alcune ricorrenze. È pur vero, però, in relazione a quest'ultima innovazione, che essa potrebbe indirizzare un messaggio non in tutto fedelmente riprodotto della realtà, lasciando intendere essere ormai giunto a compiuta maturazione il processo d'integrazione sovranazionale. Per altro verso, tuttavia, proprio da essa potrebbe venire una spinta vigorosa in avanti impressa dal nostro Stato, raffigurandosi nella nuova immagine, a un tempo, ciò che già è (l'unità e l'identità della Repubblica) e ciò che si vuole fermamente che sia (l'unificazione *pleno iure* dell'Unione, per il cui raggiungimento la Repubblica stessa intende seguire ad operarsi con tutte le forze di cui dispone). D'altro canto, la stessa unità ed indivisibilità della Repubblica, di cui è parola nell'art. 5, richiede essa pure costanti e rilevanti prestazioni volte a confermarla ed a rigenerarla, secondo quanto è proprio di ogni principio fondamentale e di tutti assieme, in ciò mirabilmente sintetizzandosi e rappresentandosi l'idea della Costituzione come *processo*, più (e prima ancora) che come *atto*, che è nel suo farsi ed incessantemente rinnovarsi, restando nondimeno sempre uguale a se stessa, alla propria identità appunto [della Costituzione come processo ha particolarmente discusso A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss. Del “moto” della Costituzione ha, non molto tempo addietro, discusso anche M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, 1° marzo 2013. Su moti e mutamenti della Costituzione, v., infine, A. MANGIA, *Moti della Costituzione o Mutamento costituzionale?*, in *Dir. cost.*, 1/2020, 75 ss., spec. 99 ss., 75 ss., e M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 17 febbraio 2020, 266 ss.].

³⁶ La soluzione, ovviamente, vale solo per la nostra Carta costituzionale; per le altre Carte, l'aggiornamento del loro dettato pone questioni assai complesse da risolvere. Non si dimentichi, ad ogni buon conto, che si sono avuti casi di revisione ed integrazione dei meccanismi di tutela da esse apprestate, secondo quanto è da ultimo testimoniato dai protocolli 15 e 16 aggiunti alla CEDU.

³⁷ Al ruolo, particolarmente delicato e rilevante, che anche l'amministrazione e i privati possono (e devono) giocare al fine della implementazione delle Carte non può qui farsi parola alcuna; eppure, esso risulta non di rado decisivo al fine suddetto, specie laddove dovessero affermarsi in seno alla società una feconda consuetudine interpretativa ed operativa volta a dar voce alle Carte stesse, nel loro fare tutt'uno con la Costituzione. È anche così, infatti, che si rende tangibile il dovere di fedeltà alla Repubblica, quale intima e ferma adesione, in primo luogo, alla tavola dei valori fondamentali positivizzati, tra i quali – come si è venuti dicendo – è anche quello di apertura, di cui agli artt. 10 e 11, nel loro porsi in funzione servente di libertà ed eguaglianza [sul dovere in parola, dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, v., part., A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013, e, più di recente, G.M. SALERNO, *La fedeltà alla Repubblica: alla ricerca dei caratteri essenziali*, in *Dir. cost.*, 2/2019, 85 ss.; altri riferimenti in A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, 383 ss.].

Alberto Marcheselli

Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria (spunti critici a margine di [Corte cost. n. 84/2021](#))*

ABSTRACT: *The person who has committed violations has the right not to cooperate at his own indictment. This is guaranteed by international jurisprudence. This paper examines the corollaries of this fundamental right in tax matters, where the analysis must take into account the connection with the taxpayer's fundamental duties. The "nemo tenetur se detergere" rule has the potential to undermine the basis of some classic instruments of the administrative tax control phase, such as some cases of presumptive tax assessments and of limitations to submission of new evidence in front of the tax court. Problematic profiles also emerge with respect to some sanctions, both administrative and criminal, provided in addition to the tax assessment.*

SOMMARIO: 1. Il diritto tributario figlio del Dio Minore delle Garanzie: un pregiudizio giuridicamente inconsistente. – 2. Il silenzio assordante sul... diritto al silenzio in materia tributaria. – Premessa di metodo. – 3. Il diritto al silenzio e il rischio tutelato. – 4. Le condotte consentite dal diritto al silenzio: proporzione e buona fede onde evitare abusi. – 5. Lo spazio applicativo del diritto al silenzio. – 6. Quali regimi giuridici confliggono con il diritto al silenzio (sanzioni proprie, improprie e indirette)? Impostazione della questione. – 7. Obblighi di speciale collaborazione del contribuente e diritto al silenzio: la cooperazione "di secondo grado": un equilibrio delicato e proporzionato. – 8. Diritto al silenzio e sanzioni tributarie: uno screening di compatibilità. – 9. Diritto al silenzio e aggravati procedimentali per il contribuente non collaborativo: un equilibrio instabile. – 10. Diritto al silenzio, preclusioni probatorie tributarie e giusto processo: un'area critica.

1. *Il diritto tributario figlio del Dio Minore delle Garanzie: un pregiudizio giuridicamente inconsistente.*

La materia del *diritto al silenzio* si trova adeguatamente trattata e sistemata in campo penale¹, si avvia a una sistematizzazione nel campo del diritto sanzionatorio generale², ma sembra rimanere sostanzialmente terra da pionieri per il diritto tributario³.

È interessante interrogarsi sulla ragione di tutto ciò. Essa non può esaurirsi nel rilievo della netta separazione dello strumentario dogmatico e ordinamentale, propria del diritto italiano, tra *diritto penale* e *diritto sanzionatorio amministrativo*. Non può, perché le aree sanzionatorie diverse da quella tributaria mostrano ben più rilevanti aperture e la unitarietà del diritto punitivo è elemento ormai acquisito in campo internazionale⁴.

* Pubblicazione effettuata ai sensi dell'art. 3, comma 12, del Regolamento della Rivista.

¹ Ove, in effetti, esiste tutto un sistema di norme, processuali e sostanziali da cui si desume un insieme organizzato di regole. Così, per gli aspetti procedurali, l'art. 64 c.p.p. che, ad es., espressamente prevede il diritto di tacere e di esserne informato. In materia sostanziale si può vedere la modulazione della possibile applicazione dei delitti che concernono in senso lato il funzionamento della giustizia e i doveri di collaborazione con essa, quando l'autore delle condotte è, in atto o potenzialmente, un indagato/imputato (ad es. art. 384 c.p.). Si tratta di profili arcinoti alla dottrina e di un tema sostanzialmente "classico", su cui, a titolo esemplificativo e nella dottrina meno recente: V. GREVI, "Nemo tenetur se detergere". *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel diritto penale italiano*, Milano 1972, 5; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 253; P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2010, 1079 e ss.

² Si vedano le vicende culminate e riassunte nella [sentenza 30 aprile 2021, n. 84 della Corte costituzionale](#) in materia di diritto al silenzio e c.d. sanzioni Consob.

³ Sia consentito rinviare a A. MARCHESELLI, *Diritto al silenzio del contribuente nell'infedele dichiarazione TARSU*, (nota a Cass., sez. trib., 11 febbraio 2005, n. 2823), in *Corriere Tributario*, 2005, 1839 ss.; ID, *Il "giusto procedimento" tributario. Principi e discipline*. Cedam, Padova, 2012, 31 ss.

⁴ Basti pensare alla consolidata giurisprudenza Cedu sulla portata del diritto punitivo, sul concetto cioè di *sanzione* alla luce dei c.d. criteri Engel (Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*). Si afferma così che alla

Vale allora la pena di interrogarsi preliminarmente sulle ragioni della *pretesa specialità della materia tributaria*. Tale specialità viene evocata come in una sorta di *mantra* dalle fonti istituzionali più autorevoli⁵ ma, consapevoli della portata di questa nostra statuizione, a noi sembra, umilmente, del tutto priva di fondamento, per chi approcci al tema senza pregiudizio e riesaminandolo *funditus*.

Va precisato che il tema è quello, ristretto, dello statuto delle garanzie delle sanzioni tributarie⁶ e la domanda è allora, depurata di tutti gli orpelli, molto semplice: esiste una ragione per cui l'indagato o accusato di violazioni fiscali dovrebbe avere garanzie diverse/inferiori all'indagato o accusato di altre violazioni?

Come si rilevava sopra, un ampio coro di fonti istituzionali risponde positivamente.

Quando però ci si cali a cercare il fondamento di tale specialità, l'armonia di tale coro, a nostro modestissimo si disperde e confonde progressivamente in una sorta di *rumore bianco*.

A ben vedere, due sono le giustificazioni, sia in astratto, sia nel concreto delle motivazioni evocate.

La prima si rifà alla natura *autoritaria e sovrana* del potere di imporre i tributi. In modo molto franco, ciò equivale a dire che chi disobbedisce al sovrano che pretende l'imposta, merita meno garanzie di chi disubbidisca ad altri precetti. Questa è, esattamente, la giustificazione storicamente evocata dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo per sottrarre, tendenzialmente, il processo tributario, dalla garanzia del giusto processo⁷.

La seconda, più morbidamente, sposta la questione sul piano *funzionale e assiologico* e assume che il fondamento sarebbe nel fatto che pagare i tributi corrisponde a un *dovere fondamentale di solidarietà*, costituente uno dei pilastri della appartenenza a una collettività.

A ben vedere, la prima affermazione costituisce una sorta di postulato indimostrabile, rispetto al quale pare possibile solo una *condivisione ideologica*, ma non un vero e proprio argomentare giuridico. Almeno personalmente (ma riteniamo di esprimere considerazioni ampiamente condivise della attuale cultura giuspolitica) non riteniamo (più) adeguato al concetto di Stato democratico e di Stato moderno, un concetto di *supremazia* che si spinga fino allo sganciamento del potere pubblico dalle garanzie fondamentali. Il connotato autoritativo del potere pubblico sta nella sua possibilità di farsi giustizia da sé medesimo, nel poter modificare unilateralmente le posizioni giuridiche altrui ma non (più) nell'affrancamento dai controlli o nella asserita speciale odiosità delle lesione delle prerogative sovrane, nella permanenza, insomma, del concetto di *lesa maestà* (che appare l'unica possibile giustificazione per ritenere che disubbidire al sovrano che impone i tributi sia peggio che,

sanzione amministrativa tributaria, al pari del *genus* della sanzione amministrativa, deve attribuirsi: “una identità ideologica e una omogeneità funzionale con la sanzione penale; la suddetta sanzione si sostanzia, infatti, in una difesa di beni pubblici (identità teleologica), attraverso la rieducazione del trasgressore (omogeneità funzionale)”: R. MICELI, “Sanzioni amministrative”, in *Treccani Diritto on line*, 2014.

⁵ Si pensi, scegliendo fior da fiore, all'art. 20 l. 7 gennaio 1929, n. 4, ora abrogato, che sottraeva le norme penali finanziarie dai principi di retroattività della disciplina più favorevole. Ovvero alla giurisprudenza CEDU che tende a sottrarre la materia tributaria addirittura dalla applicazione della clausola del giusto processo (Cedu, 12 luglio 2001, *Ferrazzini c. Italia*), O, ancora, alla giurisprudenza della Corte costituzionale che talvolta ha ritenuto preminente l'interesse finanziario (al pareggio di bilancio) rispetto alla applicazione del giusto tributo ([Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10](#), su cui A. MARCHESELLI - S.M. RONCO, [L'incostituzionalità differita della c.d. Robin Tax, tra diritti fondamentali, analisi economica del diritto e diritto dell'Unione europea: il futuro della fiscalità tra nuove categorie concettuali e rischi di “teratogenesi” giuridica](#), in questa [Rivista](#), 2015/III, 647 ss.). O per finire, alla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, *Taricco*, sulla preminenza della tutela degli interessi finanziari sul diritto a un processo non irragionevolmente lungo.

⁶ Ma la stessa impostazione riteniamo dovrebbe valere per la riflessione su altri aspetti procedurali e formali, quali, ad esempio, la portata della garanzia del *giusto procedimento amministrativo* o del *giusto processo giurisdizionale* (su quest'ultimo dovendosi immediatamente notare la estrema modernità dell'art. 111 Cost. che non introduce alcuna menomazione al processo in cose tributarie).

⁷ La già citata Cedu, 12 luglio 2001, *Ferrazzini c. Italia* afferma pianamente che il potere di imporre tributi rientra nel nocciolo duro delle prerogative del potere sovrano, e, pertanto, non dovrebbe rispondere delle sue azioni in un processo giusto. Si tratta di una affermazione cospicuamente erosa sotto molteplici profili che non è qui luogo ad approfondire, ma tuttora ferma nel suo nucleo centrale.

per esempio, uccidere i propri simili, per fare il primo esempio – provocatorio quanto si vuole, ma logicamente rigoroso - che viene alla mente)⁸.

Più interessante ed elegante, sul piano giuridico, ci pare la seconda possibile giustificazione: la differenza starebbe sul piano *valoriale e sostanziale*: il tributo sarebbe *più importante* assiologicamente, perché costituisce la realizzazione di un valore fondamentale, la solidarietà. In effetti, sul carattere di dovere fondamentale del pagamento del tributo, nel quadro degli articoli 2 e 53 Cost., non sembra sia necessario dire nulla. L'assunto è, però, un altro, e cioè la *primazia* di tale interesse rispetto agli altri affidati alla pubblica cura, che è cosa assai diversa. Anche assumendo la correttezza di tale premessa,⁹ però, non sembra proprio che si possa giustificare la conclusione che si pretende di giustificare (il diritto tributario merita garanzie diverse e minori).

A ben vedere, anzi, si tratta, di nuovo, di una premessa non solo indimostrabile, ma che lascia – eufemisticamente - alquanto perplessi. Siamo sicuri che l'interesse a reperire gli strumenti di pubblica finanza sia peggiore rispetto a quelli tipici del diritto penale (generale)? Forse che evitare che siano evase le imposte è più importante e impellente (corrisponde a valori di peso maggiore) che, per citare i primi esempi che vengono in mente, evitare che vengano commessi abusi sessuali sui bambini, uccisi i propri simili, commessi atti di terrorismo? Eppure, di questo si tratta: la tesi è che il diritto tributario meriterebbe meno garanzie perché satisfattivo di interessi pubblici più importanti.

Ma non basta, assumiamo pure, per completezza dialettica, che sia così, e che l'interesse finanziario dello Stato sia superiore a tutti gli altri interessi e funzioni pubbliche. Ebbene, ne scaturirebbe la conclusione che l'assetto delle garanzie procedurali potrebbe essere diverso (e inferiore)?

Non pare proprio.

Se l'obiettivo di far pagare i tributi è il più importante, ebbene, gli si dedichino gli strumenti più efficienti, si prevedano i doveri di collaborazione più pregnanti, si applichino le sanzioni più severe. Ma da nessuna di queste cose scaturisce – mai – per via di logica giuridica, che le garanzie e i controlli dovrebbero essere inferiori. Perché mai la gravità della imputazione (o l'importanza dell'interesse tutelato) dovrebbe essere inversamente proporzionale alle garanzie relative al suo accertamento? Dove starebbe il nesso logico?¹⁰ Forse che la ragione, non detta, di tali impostazioni è nel ritenere che le garanzie procedurali siano un *ostacolo* alla realizzazione dei valori sostanziali? A tacere del fatto che ciò, se rigorosamente inteso, parrebbe una sostanziale abiura dello stesso *ubi consistam* del diritto¹¹, si può rilevare che, sperimentalmente, è vero il contrario: lo Stato di diritto non rinuncia alle garanzie neppure quando reprime i crimini più efferati, come la luminosa tradizione giuridica italiana insegna.

⁸ Dal punto di vista sociologico e semiserio, qualche traccia di tale atteggiamento si rileva talora nel gioco del calcio, ove l'insulto all'arbitro tende ad essere valutato più severamente che condotte fraudolente (la simulazione) o violente, ma, fuor di celia, tale assetto non trova più riconoscimento giuridico.

⁹ Riflettere su quanto il tributo poggi effettivamente sul dovere di solidarietà e sia *in sé* strumento di attuazione del principio di uguaglianza formale e sostanziale e su quanto si dovrebbe valorizzare (congiuntamente o alternativamente) il profilo della erogazione della spesa pubblica e del relativo controllo condurrebbe troppo lontano dall'oggetto delle presenti considerazioni, ma costituisce, in realtà un tema di altrettante bruciante attualità.

¹⁰ Se non ci si inganna, si tratta dello stesso errore logico, per trascinamento concettuale o slittamento dei confini delle nozioni, per così dire, della Corte Edu già citata, quando essa, premesso che lo Stato avrebbe la possibilità di effettuare discrezionalmente le proprie scelte di politica fiscale (a livello legislativo), ne desume che, una volta effettuate (discrezionalmente) tali scelte, il rispetto di esse da parte della pubblica amministrazione (nella attuazione amministrativa) dovrebbe essere anche sganciato dal controllo giurisdizionale nel giusto processo. Perché mai il fatto che una scelta sia discrezionale dovrebbe implicare che l'*attuazione* di essa potrebbe essere arbitraria (e non soggetta a un giusto processo)? Appare evidente l'errore logico e la sovrapposizione di piani distinti che non si implicano assolutamente.

¹¹ Sul punto si vedano le belle pagine di F. FARRI, *Forma ed efficacia nella teoria degli atti della amministrazione finanziaria*, Padova, 2015, in particolare, 156 e ss. È elementare osservare, per contro, che ove le garanzie si traducano effettivamente in aggravati procedurali sproporzionati esse, all'estremo opposto, andrebbero eliminate ovunque. Delle due l'una, insomma o esse sono proporzionate ed essenziali, e allora devono valere anche in materia tributaria, ovvero non lo sono, e allora non debbono valere, ma non per una specialità della materia.

2. Il silenzio assordante sul... diritto al silenzio in materia tributaria. Premessa di metodo.

Controversa è la applicabilità del c.d. diritto al silenzio in materia tributaria, anche alla luce della recente sentenza della Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2021, C-481/19, *DB c. Consob* e alla consentanea [sentenza 84 della Corte costituzionale](#).

A tale proposito, è utile muovere dalla considerazione che, con riferimento alla Convenzione EDU, seppure in mancanza di un riconoscimento esplicito del diritto al silenzio, la Corte di Strasburgo ha affermato che il «*diritto a restare in silenzio e a non contribuire in alcun modo alla propria incriminazione*» si colloca al cuore della nozione di “*equo processo*” di cui all’art. 6, paragrafo 1, della Convenzione stessa¹², sia perché finalizzato a proteggere l’accusato da indebite pressioni dell’autorità volte a provocarne la confessione¹³, sia perché connesso alla presunzione di innocenza di cui al medesimo art. 6, paragrafo 2¹⁴.

Quanto alla Corte di Giustizia UE, nella citata sentenza in causa 481/19, per quanto qui di interesse, la Corte ha precisato che il diritto in questione deve essere rispettato anche nell’ambito di procedure di accertamento di illeciti amministrativi, suscettibili di sfociare nell’inflizione di sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente penale, come inteso dalla Corte EDU¹⁵.

Volgendo l’attenzione verso la giurisprudenza domestica, in primo luogo deve osservarsi che il “diritto al silenzio” dell’imputato, pur non godendo di un espresso riconoscimento costituzionale, costituisce un «*corollario essenziale dell’inviolabilità del diritto di difesa*», riconosciuto dall’art. 24 Cost., garantendo nel procedimento penale all’imputato la possibilità di rifiutare di sottoporsi all’esame testimoniale e, più in generale, di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande del giudice o dell’autorità competente per le indagini¹⁶.

Va ora precisato che con la espressione “diritto al silenzio” si intende far riferimento al riconoscimento, da parte dell’ordinamento, della facoltà di un soggetto di non collaborare alla propria incriminazione¹⁷.

In particolare, esso implica che le autorità statali debbano esercitare i loro poteri di indagine senza ricorrere ad abusi o a coercizioni della volontà del soggetto imputato¹⁸. Ne segue che il diritto in esame ha per scopo la tutela dell’indagato riguardo a pressioni improprie delle autorità statali, e sin dalla fase delle indagini, al fine di evitare errori giudiziari e di assicurare un equo processo¹⁹.

Tradizionalmente, questa fattispecie porta con sé quattro problemi interpretativi e applicativi.

Il primo problema è stabilire rispetto a quale rischio possa essere attivato tale diritto.

Il secondo problema è stabilire quali condotte siano consentite nell’esercizio di tale diritto.

Il terzo problema è in quale contesto, in quale ambito, possa essere esercitato tale diritto.

Il quarto problema è stabilire quali conseguenze giuridiche, quali regimi giuridici possano confliggere con tale diritto.

¹² Corte EDU, sentenza 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, par. 52.

¹³ Corte EDU, sentenza 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, par. 45.

¹⁴ Corte EDU, sentenze 21 dicembre 2000, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, par. 40; 17 dicembre 1996, *Saunders contro Regno Unito*, par. 68. In seno al diritto unionale, in difetto di una giurisprudenza della Corte di giustizia, la Corte cost. ha ipotizzato la possibile derivazione del diritto al silenzio dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali (Cfr. Corte cost. ord. 117/2019, par. 9).

¹⁵ Il riferimento è ai cc.dd. “Engel’s criteria” di cui alla sentenza della Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, su cui si veda oltre.

¹⁶ Corte cost. 10 maggio 2019, n. 117.

¹⁷ In tema di indagine amministrativa avente ad oggetto illeciti tributari, cfr. Corte EDU, 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*; Corte EDU, 4 ottobre 2005, *Shannon c. Regno Unito*; Corte EDU 3 maggio 2001 J. B. c. Svizzera.

¹⁸ Corte EDU 3 maggio 2001, *J. B. c. Svizzera*.

¹⁹ Corte EDU 10.03.2009, *Bykov c. Russia*, 10.03.2009, n. 4378, par. 92.

3. *Il diritto al silenzio e il rischio tutelato.*

Il problema relativo all'individuazione del rischio rispetto al quale possa essere attivato il diritto al silenzio equivale a domandarsi se si abbia il diritto di tacere solo per evitare una incriminazione penale o anche una sanzione di altro tipo. Esso si traduce nell'interrogativo: ho il diritto di non collaborare alla mia incriminazione soltanto se questa incriminazione è penale o anche a fronte del rischio dell'applicazione di una sanzione di altro tipo?

Alla luce della giurisprudenza internazionale, in particolare della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e ora anche della Corte di giustizia), pare prevalga ormai nettamente la seconda alternativa, posto che costituisce, come ormai arcinoto, materia criminale, oggetto di garanzia, qualsiasi sanzione, indipendentemente dal *nomen* della categoria assegnato dall'ordinamento nazionale, che abbia funzione punitiva e, sostanzialmente sia, secondo i noti criteri Engel, caratterizzata da: funzione deterrente, applicazione generale e impatto significativo²⁰. Se questa è la premessa, la conclusione è che il diritto di tacere, la facoltà di non collaborare alla propria incriminazione dovrebbe valere per evitare la incriminazione anche per sanzioni che abbiano la classificazione interna italiana di sanzioni amministrative. Ciò perché esse possono considerarsi punitive²¹.

Sul punto, deve osservarsi che la Corte costituzionale italiana ha ritenuto che le singole garanzie costituzionali previste per la materia penale debbano intendersi estese alle sanzioni che derivano (anche) da procedimenti amministrativi, purché queste ultime assumano una natura punitiva secondo i dettami della giurisprudenza della Corte EDU²².

In sintesi, con tali decisioni, la Corte costituzionale risulta aver sviluppato armonicamente la giurisprudenza della Corte EDU²³.

4. *Le condotte consentite dal diritto al silenzio: proporzione e buona fede onde evitare abusi.*

Il secondo problema, e cioè quali condotte siano coperte da tale diritto, pare avere una soluzione relativamente agevole, in teoria e in generale. Dovrebbe essere scriminata, giustificata soltanto la condotta omissiva, il silenzio. Non dovrebbe, invece, essere scriminata una condotta positiva. Il diritto di non cooperare alla propria incriminazione significa diritto di poter non fare qualcosa che comporti una cooperazione alla propria incriminazione. Ma non anche facoltà di fare attivamente qualcosa che la allontani. Fuori di metafora, non pare in effetti scriminata nel principio generale una condotta, per esempio, di mendacio positivo o di immutazione artificiosa della realtà, una condotta di falsificazione materiale o ideologica, o addirittura di frode.

²⁰ “Il ruolo prominente che in una società democratica riveste il diritto al giusto processo ... induce la Corte a preferire una concezione sostanziale, piuttosto che formale, di accusa ai sensi dell'art. 6, § 1. La Corte deve guardare al di là delle apparenze e ricercare **la realtà della procedura in questione**”: Corte EDU, 27 febbraio 1980, *Dewer c. Belgio*.

²¹ Per la dottrina: “La funzione punitiva (penale o amministrativa) costituisce sempre espressione della sovranità statale, essendone la manifestazione per eccellenza. Pertanto, ove anche esercitata in forma amministrativa, non si comprende perché, soltanto per ciò, dovrebbe essere affrancata dalle garanzie del giusto processo”: A.E. SEPE, *Inottemperanza del contribuente alle richieste dell'Ufficio: legittimità costituzionale della sanzione?* in *il fisco*, n. 45/2020, 4307.

²² Cfr., nell'ordine, [Corte cost. ord. n. 117/2019](#), punto 7.1 del Considerato in diritto, richiamata dalla stessa Corte nella [sent. n. 84/2021](#), par. 3.2.

²³ Cfr. Corte cost., [ord. n. 117/2019](#), punto 7.2, la quale rinvia a Corte EDU, 4 ottobre 2005, *Shannon c. Regno Unito*, paragrafi 38-41; sentenza 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, paragrafi 50-58; sentenza 3 maggio 2001, *J. B. c. Svizzera*, paragrafi 63-71.

In questa area può farsi rientrare anche la limitazione che esclude possano ritenersi coperte condotte che non si esauriscano nel semplice rifiuto di collaborare ma ridondino in vere e proprie manovre dilatorie²⁴.

5. Lo spazio applicativo del diritto al silenzio

Il terzo profilo, e cioè individuare il contesto, l'ambito entro cui è possibile esercitare tale diritto è più delicato. La giurisprudenza italiana è partita da una impostazione molto restrittiva, riconoscendo il diritto di tacere non solo rispetto al solo rischio penale, in questo senso come abbiamo già visto superata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e UE), ma anche nel solo ambito del procedimento/processo penale tradizionalmente inteso. Cioè la giurisprudenza italiana è partita riconoscendo la possibilità di non cooperare soltanto per evitare un'imputazione penale, o l'applicazione di misure di sicurezza (e questo riguarda il rischio da evitare per l'agente) e soltanto durante le indagini penali.

Ciò implica che, secondo una impostazione originaria, non avrebbe dovuto essere riconosciuto il (o non si è posto il problema del riconoscimento del) diritto al silenzio prima e fuori della fase delle indagini penali.

Si intuisce subito la rilevanza di questa limitazione quanto alla materia tributaria: se così fosse, per esempio, non ci sarebbe il diritto di tacere davanti al funzionario dell'Agenzia delle Entrate, per chi non è ancora oggetto di un procedimento, né tantomeno di un processo, penale.

Questa limitazione deve però considerarsi in via di superamento ed irragionevole²⁵.

La domanda più interessante, in effetti, dal punto di vista pratico, è se debba riconoscersi il diritto di tacere, cioè il diritto di non cooperare alla propria incriminazione fuori dall'attualità dell'indagine penale (o comunque punitiva) ma, per esempio, davanti al pubblico ufficiale che avrebbe l'obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria (o che avrebbe l'obbligo di avviare una successiva procedura sanzionatoria, o di trasmettere gli atti alla autorità a ciò preposta). Che il diritto al silenzio sussista anche in questa fase anticipatoria, in realtà, pare logico: se l'ufficiale ha l'obbligo di denuncia (o di inizio della procedura sanzionatoria o di segnalazione), in sostanza una dichiarazione auto indiziante, una condotta di collaborazione sarebbe effettivamente una cooperazione alla propria incriminazione, perché si tratterebbe di svelare la propria colpevolezza o comunque cooperare al disvelamento del proprio elemento di colpevolezza davanti a un soggetto che ha per obbligo giuridico trasmettere la notizia all'autorità giudiziaria (o iniziare o cooperare a iniziare una procedura sanzionatoria): un soggetto che ha l'obbligo di iniziare o far iniziare, trasmettendo le informazioni ricevute e le risultanze della condotta indiziante, il procedimento per l'incriminazione.

Tale conclusione è rafforzata, del resto, anche da un possibile argomento sistematico: il pubblico ufficiale, che è obbligato alla denuncia, e quindi è obbligato a trasmettere la notizia di reato di cui sia venuto a conoscenza nell'esercizio delle sue funzioni all'autorità giudiziaria, è scriminato all'interno del codice penale e rispetto al reato di omessa denuncia, quando egli agisca per salvare se stesso. È allora ipotizzabile un efficace argomento *a fortiori*: se addirittura il pubblico ufficiale, cioè colui che esercita una funzione pubblica speciale finalizzata alla raccolta di notizie di reato ha la facoltà di tacere per salvare se stesso, cioè ha il diritto di non cooperare alla sua auto incriminazione, dovrebbe, questo diritto, averlo, a maggior ragione, chi sia chiamato a rendere dichiarazioni auto incriminanti davanti a lui. Ovvero, se persino il soggetto stesso che deve trasmettere la notizia di reato nell'esercizio di una funzione pubblica ha il diritto di tacere, come sostenere che non abbia tale diritto di tacere con lui che gli rende le dichiarazioni e non eserciti alcuna pubblica funzione speciale?

²⁴ Così, Corte di giustizia UE, 2 febbraio 2021, C-481/19, *DB c. Consob*, § 41. Il che vale quanto dire che anche del diritto al silenzio non si deve abusare, ma va utilizzato secondo buona fede.

²⁵ Cfr. [Corte cost. sent. n. 84/2021](#), §2.2 del Considerato in diritto.

6. *Quali regimi giuridici confliggono con il diritto al silenzio (sanzioni proprie, improprie e indirette)? Impostazione della questione.*

L'ultima questione è interrogarsi circa quali regimi giuridici, quali conseguenze giuridiche della mancata collaborazione alla propria incriminazione ostacolano, o meglio confliggano con il riconoscimento del diritto al silenzio. È sostanzialmente pacifico che confliggano con tale diritto le sanzioni. Sicuramente confligge con il diritto di tacere, inteso come diritto di non cooperare, il fatto di essere puniti se non si collabora.

Il problema è più articolato e sarà esaminato in dettaglio più avanti, con riferimento puntuale alla materia tributaria, per quanto attiene conseguenze diverse.

Proseguendo nell'analisi, il sacrificio del diritto al silenzio può derivare dalla rinuncia al relativo esercizio da parte del titolare. Sotto tale profilo, tuttavia, la giurisprudenza precisa che la scelta deve essere "informata", nel senso che l'indagato deve preventivamente essere edotto del diritto che lo assiste e la sua rinuncia, in ambito penalistico, dovrebbe essere assunta con l'assistenza di un avvocato²⁶.

7. *Obblighi di speciale collaborazione del contribuente e diritto al silenzio: la cooperazione "di secondo grado": un equilibrio delicato e proporzionato.*

Venendo a chiedersi dove e in che termini e limiti possa venire in gioco un problema di riconoscimento del diritto a non cooperare alla propria incriminazione, va rilevato che la materia tributaria è irta, fitta, ricca di oneri e obblighi di collaborazione. Vengono subito in mente l'obbligo di dichiarazione (dei redditi, ecc.), di autoliquidazione, di versamento, di tenuta della contabilità, e così via.

La presenza di tali obblighi costituisce una peculiarità del diritto tributario che va attentamente considerata.

In primo luogo, va subito rilevato che non confliggono e non comportano un problema di possibile conflitto con il diritto al silenzio tutte le condotte di collaborazione che si pongono *a monte* di una possibile violazione. S'intende fare riferimento al fatto che una grandissima parte degli obblighi di collaborazione previsti in materia tributaria sono volti, semplicemente, a far rilevare, a far constare, a far a emergere la propria ricchezza. Si tratta di obblighi che trovano il loro fondamento,

²⁶ Corte EDU, *Navone e altri c. Monaco*, 24.01.2014, nn. 62880-62892-62899. Profilo interessante in prospettiva è domandarsi quanto di queste garanzie dovrebbe essere esteso alla materia tributaria. Se può a tutta prima ipotizzarsi che regga la differenziazione rispetto al procedimento amministrativo tributario, per la parte relativa all'accertamento del tributo (rispetto alla quale, ad esempio, la presenza di un difensore è meramente eventuale) qualche dubbio maggiormente solido parrebbe poter sorgere quando – come è normale che accada – il procedimento implichi anche l'esposizione a sanzioni tributarie, di natura *criminale* in ottica Cedu, siccome conformi ai criteri *Engel* già citati. Anzi, a ben vedere, sulla base della giurisprudenza internazionale, dovrebbe essere seriamente rimeditata, più radicalmente e a fondo, la *scissione* tra le procedure e la *atomizzazione* delle garanzie, che costituisce un *topos* ricorrente della giurisprudenza interna – tale che procedimenti unitari potrebbero avere statuti di garanzie e regole multiformi, rispetto ai possibili diversi e paralleli oggetti ed esiti. Così, ad esempio, uno stesso procedimento potrebbe, secondo la giurisprudenza italiana, essere contemporaneamente legittimo o illegittimo e il provvedimento finale in parte valido e in parte invalido a seconda che si guardi la parte relativa a tributi interni o armonizzati, oppure a tributo e sanzioni, e così via. In senso sistematicamente del tutto opposto si muove ad esempio Corte EDU, sentenza 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, §40-43, ove si osserva che deve essere sempre valorizzata la connessione non solo tra i diversi contenuti della medesima procedura, ma anche tra procedure diverse e che andrebbe ripudiata la parcellizzazione tra differenti oggetti o procedimenti, quando si tratta di definire le garanzie applicabili e le conseguenze delle relative violazioni. Tale impostazione appare di notevole pregio sia sistematico, sia pratico. Sotto un primo profilo essa implica un effetto di *armonizzazione, livellamento e "galleggiamento"* delle garanzie che appare notevolmente moderno e propulsivo. Sotto un secondo profilo evita la difficilmente governabile proliferazione di *multiformi statuti particolari*, che appare, per vero, più il sintomo di un ritorno al diritto medievale o pre-rivoluzione francese, che non un segno di civiltà degli ordinamenti giuridici.

evidentemente, nell'articolo 2 della Costituzione, che impone l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale, specificato poi dall' articolo 53. Tra questi doveri si colloca il dovere di partecipare e concorrere alla spesa pubblica in ragione la propria capacità contributiva, cui sono correlati *obblighi strumentali* di collaborazione. Rispetto al concorso alla spesa pubblica, l'obbligo di dichiarare la propria ricchezza (e l'insieme degli obblighi prodromici, ad esempio la tenuta della contabilità, ecc.), evidentemente, assume carattere *strumentale* (la dichiarazione è funzionalizzata al pagamento). Oltre a trovare copertura negli articoli 2 e 53 della Costituzione, tali obblighi trovano copertura (e limite), come è ovvio, nell'articolo 23 Cost., nel senso che debbono essere previsti dalla legge.

Rispetto a tali obblighi di cooperazione, però, non essendoci ancora stata una violazione, non c'è, per definizione, alcun problema di compatibilità con il diritto al silenzio.

Detto in altro modo, il diritto al silenzio è il diritto di non cooperare alla propria incriminazione: l'ipotetica aspirazione a nascondere la propria ricchezza rispetto all'imposizione opererebbe su un piano *completamente diverso* in quanto essa non corrisponderebbe ad alcun diritto: al contrario rivelare la propria ricchezza, liquidare le imposte, pagare spontaneamente, allo stato attuale della evoluzione dell'ordinamento, sono doveri attuativi di valori costituzionali, cioè l'esatto opposto di obblighi in conflitto con diritti fondamentali dei soggetti.

Il diritto al silenzio non è pertanto, né può essere, in alcun modo, uno scudo per sottrarsi ai propri obblighi di solidarietà.

Il problema del diritto al silenzio non si pone, quindi, è ovvio, rispetto agli obblighi dichiarativi e strumentali all'adempimento dei doveri tributari primari, ma si pone *a valle*: cioè per gli eventuali obblighi di collaborazione al *controllo dell'avvenuto adempimento* dei propri obblighi. Se l'ordinamento tributario prevede degli obblighi di cooperazione ai controlli contro se stessi sono questi, a differenza dei primi, a poter confliggere con il diritto al silenzio, in quanto obblighi di collaborazione all'accertamento della commissione di eventuali violazioni proprie, già ipoteticamente avvenute.

Si potrebbero definire questi obblighi di cooperazione come *obblighi di cooperazione di secondo grado (o al quadrato)*, nel senso che si tratta di obblighi di cooperazione per verificare se... si sia cooperato a monte. In questo caso, non sembra esservi dubbio che si tratterebbe di partecipazione a un procedimento che può comportare la propria incriminazione per il contribuente e, quindi, potenzialmente siamo all'interno di una zona che potrebbe assumere rilevanza quanto al diritto al silenzio.

Poiché all'inadempimento dei debiti tributari conseguono, a volte sanzioni penali, a volte sanzioni amministrative, ma comunque sanzioni con funzione punitiva, ci troviamo anche all'interno dell'area di rischio rispetto alla quale il diritto al silenzio può eventualmente venire in considerazione.

Tra i due "gradi" di collaborazione (primo grado: obblighi di ostensione della propria ricchezza, liquidazione del tributo, versamento del tributo; secondo grado: obblighi di cooperazione alla verifica dell'adempimento degli obblighi di primo grado) c'è un vero e proprio steccato concettuale. Essi non sono infatti soggetti allo stesso statuto di regole e limiti. Ai primi si applicano i *principi di legalità e proporzionalità*. Ai secondi, che sono *a valle di illeciti*, oltre a *legalità e proporzionalità*, si deve applicare anche il limite del *diritto al silenzio* (che è, esattamente, il diritto di non cooperare, dopo la violazione, alla scoperta o prova della violazione).

Qui si inserisce allora un passaggio alquanto delicato, sottile, ma importante.

Questi due piani nitidamente distinti dovrebbero mantenersi, in effetti, distinti. Una cosa è il *momento* della collaborazione, un'altra il suo *oggetto*. Detto altrimenti, tale distinzione si perderebbe se si ritenesse che il diritto al silenzio limiti non le condotte di collaborazione successive all'illecito (come è imposto dal contenuto e dalla funzione di tale diritto), ma solo le condotte di collaborazione aventi ad oggetto le prove dell'illecito formatesi *dopo*. Fuor di metafora, si perderebbe la doverosa distinzione di piani e si sacrificerebbe in modo non giustificato una significativa porzione del diritto al silenzio se si ritenesse doveroso consegnare all'Accusa *dopo* l'illecito prove formatesi prima (ovvero, si ritenesse consentito non consegnare solo quelle successive). Una tale impostazione, se

non ci inganniamo, trascurerebbe che *una cosa* è il dovere (in forza degli artt. 2, 53 e 23 Cost.) di collaborare a ostendere la propria ricchezza *prima della violazione* (ad esempio documentando, in fatture, contabilità, annotazioni, ecc. e dichiarando), *un'altra cosa* aiutare a scoprire se si è commessa una violazione, *dopo che la violazione è stata commessa*. Il fatto che si sia tenuti a essere buoni e diligenti contribuenti non implica la confessione coatta della propria evasione fiscale, così come nemmeno il dovere di non uccidere i propri simili non implica il dovere di confessare gli omicidi o consegnare alla Polizia o al Pubblico Ministero la pistola fumante. Fuor di metafora, anche quando questa collaborazione di secondo grado riguardi cose, prove, contabilità, fatture, *formate prima*, la condotta collaborativa sarebbe il *consegnare* le prove, che è condotta successiva e distinta rispetto al *costituire* le prove. La “consegna”, ancorché di prove antecedenti (doverosamente precostituite, in adempimento di un dovere legale e proporzionato) è *cosa diversa, autonoma e successiva* rispetto alla costituzione della prova (fatturazione, annotazione contabile, ecc.). Il fatto che la prima condotta sia doverosa non implica affatto che lo sia la seconda, anzi la seconda è proprio l'oggetto del diritto al silenzio.

Una diversa impostazione costituirebbe, a nostro umile avviso, uno slittamento logico e una soluzione non perfettamente proporzionata.

Che tali considerazioni siano corrette, a rigore, sempre a nostro umilissimo avviso, sembra confermato dal fatto che nessuno, riteniamo, ipotizzerebbe, nel simmetrico campo penale, dove tutto risulta più immediato e immediatamente percepibile, che l'indagato possa, in generale, tacere al PM o al giudice e omettere di rivelare elementi della propria colpevolezza, ma sarebbe, invece e in particolare, obbligato a consegnare tutte le tracce e prove della sua colpevolezza, se ... storicamente formatesi prima della violazione – o addirittura prima della richiesta del PM o del giudice!! Ciò implicherebbe, per esemplificare in modo concreto, il dovere dell'assassino di consegnare spontaneamente il proprio telefono cellulare per far constare il contenuto delle proprie *chat* con la vittima, ovvero, se attivi i sistemi di geolocalizzazione, verificare i *log* dei propri spostamenti. O, meglio ancora, con maggiore aderenza al simmetrico campo tributario, che l'autista di linea che usi il pullman per investire la moglie sarebbe punibile (non solo per aver ucciso la moglie, non solo se eventualmente non avesse installato o attivato il cronotachigrafo, per non averlo fatto, ma anche) se non consegnasse il cronotachigrafo a chi lo accusa (o giudica).

Per chi condivide tali premesse, risulta allora delicato e suscettibile di attenzione un inciso, in *obiter*, della recente sentenza della Corte costituzionale in tema di diritto al silenzio,²⁷ che parrebbe in effetti e alla lettera escludere il diritto al silenzio, per tutte le prove precostituite addirittura prima della richiesta di collaborazione.

Tale limitazione appare a un tempo cospicua e non proporzionata.

8. *Diritto al silenzio e sanzioni tributarie: uno screening di compatibilità.*

Possiamo allora considerare quali conseguenze giuridiche sono previste per la omessa cooperazione durante i controlli amministrativi e tributari.

In primo luogo, sono previste sanzioni punitive. Vi è innanzitutto, per le imposte sui redditi e per l'IVA, una sanzione amministrativa di generale applicazione, residuale, prevista all'articolo 11 del d.lgs. n. 471/1997. Una sanzione pecuniaria nell'importo minimo di 250 € e massimo di 2000 € per chi ometta di rispondere alle richieste istruttorie dell'Agenza delle Entrate. Questa è sicuramente una sanzione punitiva (per vero di non elevata entità, rispetto ai casi più gravi) prevista per l'omessa cooperazione che può entrare significativamente e realisticamente nel fuoco del possibile conflitto con il diritto di tacere.

Per condotte, in senso lato, di omessa cooperazione durante il controllo possono essere anche previste sanzioni diverse. Per esempio, la sanzione penale per il caso di occultamento o distruzione

²⁷ Cfr. [Corte cost. sent. n. 84/2021](#), § 3.6.

delle scritture contabili (articolo 10 del d.lgs. n. 74 del 2000) oppure, a partire dal 2011, è stata prevista espressamente la possibile applicazione dei reati di falso previsti dal codice penale per le falsità commesse durante i controlli fiscali.

In questi casi abbiamo sicuramente sanzioni punitive, addirittura di tipo penale, per condotte di mancata collaborazione durante il controllo fiscale, e si tratta di sanzioni più significative di quella amministrativa residuale sopra citata.

Per quanto riguarda, innanzitutto, il reato di cui all'articolo 10 del d.lgs. n. 74 del 2000, va detto che le condotte di distruzione delle scritture contabili non sembrano creare una frizione rispetto al diritto al silenzio perché, come abbiamo premesso, scriminate dovrebbero essere soltanto le condotte di omessa collaborazione, cioè condotte di natura omissiva. La distruzione di documento è qualcosa di ben più ampio che non la semplice omissione e quindi non appare coperta dal diritto al silenzio.

Un poco più problematica è, invece, la configurazione delle condotte di occultamento. In effetti, l'occultamento, in quanto tale, dovrebbe essere inteso come una condotta positiva ulteriore rispetto a quella di non fornire, non rivelare dove si trovino, i documenti o gli atti richiesti. Su questa premessa si potrebbe ritenere la fattispecie non problematica rispetto al diritto al silenzio: per realizzare tale delitto, in questa tesi, il contribuente non si limita a non collaborare ma fa qualcosa di positivo per ostacolare l'indagine, cioè va a spostare, a nascondere le scritture contabili, dalla loro collocazione originaria e fisiologica a una clandestina e anomala.

In termini pratici, tuttavia, in questi casi il crinale è un po' più sottile. Occorre infatti domandarsi se nell'ipotesi in cui non si trovino le scritture contabili e il contribuente, richiesto di fornirle, rifiuti o taccia, ciò basti per ipotizzare una condotta di occultamento. Ovvero, in che misura l'occultamento è semplicemente rilevabile dal fatto che le creature contabili "non si trovano"? È sufficiente che il contribuente non le fornisca o bisogna positivamente dimostrare che il contribuente le ha spostate rispetto a un luogo "fisiologico"? Da un punto di vista di principio solo in questo secondo caso si potrebbe ritenere esistente una condotta positiva, ulteriore rispetto alla semplice mancata collaborazione.

Ne consegue che le condotte di occultamento sono piuttosto *borderline* rispetto alle condotte di mera omessa collaborazione e da verificare attentamente.

Similmente, non sembrano, almeno in linea di principio, andare a confliggere con la portata del diritto al silenzio le sanzioni previste per l'eventuale commissione di delitti di falso durante i controlli. Un delitto di falso, falsificare la realtà è, evidentemente, qualcosa di più che semplicemente omettere di cooperare. Tutte le volte che, quantomeno, ci sia una falsità positiva, ideologica o materiale, la condotta va al di là della semplice omessa collaborazione.

Tuttavia, anche qui può ipotizzarsi una possibile area problematica. Essa ricorrerebbe se si ritenesse sussistere il reato di falso non solo nelle condotte di falso positivo, ma anche nelle condotte di reticenza: se si potesse incriminare per falso il fatto di non dire tutta la verità.

9. Diritto al silenzio e aggravati procedimentali per il contribuente non collaborativo: un equilibrio instabile.

Non meno problematico è, poi, se non possano venire in considerazione, quando si riflette sulla portata del diritto al silenzio, anche altre conseguenze, sfavorevoli ma non propriamente sanzionatorie, applicabili in base alle norme dell'ordinamento al soggetto che non collabori.

Il contribuente che non collabori, in effetti, può andare incontro a conseguenze sfavorevoli anche ulteriori e diverse rispetto alle sanzioni punitive che abbiamo appena esaminato.

Una prima conseguenza, ordinariamente classificata come di tipo sfavorevole per l'omessa collaborazione, potrebbe ravvisarsi nei casi previsti dalla legge di assoggettamento del contribuente al cosiddetto accertamento induttivo. Ci sono casi in cui tale accertamento consegue a condotte di omessa collaborazione nel controllo (esempio, le omesse risposte di cui alla lettera *d*-bis dell'art. 39, comma 2, d.p.r. 600/1973).

L'accertamento c.d. induttivo extracontabile consegue alla prescrizione secondo la quale, in presenza di determinate circostanze, è possibile determinare la ricchezza del contribuente sulla base di uno standard probatorio attenuato. Come noto, nei casi di accertamento induttivo è prevista la possibilità di accertare e determinare la ricchezza sulla base, alla lettera – stabilisce la legge, di presunzioni prive dei requisiti di gravità precisione e concordanza.

L'inquadramento della portata precettiva di tale disposizione è tradizionalmente piuttosto difficoltoso, ma possibile, ancorché nella giurisprudenza tali profili siano tradizionalmente pressoché taciuti, al di là di formulette pigre e clausole di stile. Un significato certo della disposizione è che essa quantomeno abbracci la possibilità di una determinazione meno puntuale, meno specifica, quindi più approssimata, della ricchezza. Fermo restando che la ricchezza accertata deve essere più plausibile di quella dichiarata, dovrebbero essere ammesse determinazioni assistite da un minore grado di plausibilità e precisione che nel caso ordinario.

Presunzioni non gravi precise e concordanti implica una attenuazione dello standard, ma sul punto occorre chiarirsi. In primo luogo, tale attenuazione non può oltrepassare due limiti invalicabili: a) il valore accertato non può avere una plausibilità inferiore a quella del valore dichiarato; b) il valore accertato non può avere una plausibilità inferiore ad altri valori accertabili inferiori²⁸. Questa attenuazione concerne gli standard di precisione, di analiticità e la comparazione di plausibilità nei limiti appena detti.

Ebbene, tale attenuazione appare proporzionata e ragionevole quando sussista un contesto probatorio più debole. Un primo possibile inquadramento di tale istituto è, insomma, assumere che si tratti di una soluzione normativa proporzionata alla logica probatoria fisiologica: lo standard probatorio dipende dal contesto. La prova è qualcosa di correlato e determinato in funzione del contesto conoscitivo possibile: se il contesto conoscitivo è ricco, lo standard probatorio è elevato, e quindi è esigibile anche una determinazione puntuale, analitica e argomentativamente solida. Se il contesto probatorio è oggettivamente debole, non debole per negligenze dell'organo istruttorio (può essere debole per effetto della condotta del soggetto accertato, ma non necessariamente), la determinazione può essere più approssimata, purché sempre nei limiti di una plausibilità adeguata (come sopra si rilevava non si accerta un ricavo se lo si determina in un valore meno probabile, di quello dichiarato o di altri).

In questo senso, l'accertamento induttivo, da un lato è ragionevole e proporzionato, dall'altro non ha una natura sanzionatoria: esso è, semplicemente, espressione della regola per cui l'istruttoria si fa con gli elementi a disposizione.

Se invece l'accertamento induttivo fosse inteso nel senso che, a fronte delle condotte di omessa collaborazione del contribuente, sarebbe consentito un accertamento meno preciso di quello comunque possibile sulla base del contesto, una interpretazione secondo la quale l'accertamento induttivo punirebbe con l'approssimazione nella determinazione della ricchezza situazioni nelle quali la determinazione della ricchezza potrebbe essere fatta comunque in modo preciso e più favorevole, da un lato si assegnerebbe a tale accertamento una funzione punitiva, dall'altro insorgerebbero diversi problemi, non solo quanto al profilo del diritto al silenzio.

In effetti, una determinazione inesatta per eccesso della ricchezza effettiva da assoggettare a tassazione che non sia giustificata dal contesto, quando invece sia possibile un accertamento preciso, nonostante la condotta di omessa la collaborazione, sovrapporrebbe alla logica fiscale, fondata sull'art. 53 Cost., la predetta logica punitiva, adducendo agli istituti *rationes* spurie, in modo decisamente censurabile.

Al di là di ciò, che appartiene al piano sistematico, va rilevato che, a seguire tale via, la frizione rispetto al diritto al silenzio sarebbe evidente laddove l'accertamento induttivo conseguisse alla omessa collaborazione: si sarebbe sostanzialmente puniti (addirittura con una imposta maggiorata!) per non aver cooperato alla propria incriminazione.

²⁸ Cfr. Cass. 1.10.2015, n. 19602; Cass. 17.06.2016, n. 12561.

10. Diritto al silenzio, preclusioni probatorie tributarie e giusto processo: un'area critica

Un ultimo settore di potenziale frizione rispetto al diritto al silenzio, delicato e cui è opportuno dedicare un'adeguata attenzione, anche alla luce della innovativa giurisprudenza internazionale, concerne quella conseguenza giuridica per le condotte di omessa cooperazione rappresentata dalla cosiddetta preclusione probatoria. Si intende far riferimento alla regola in virtù della quale dati, notizie, atti e documenti che non sono stati offerti in collaborazione durante la fase delle indagini amministrative non possono più essere utilizzati. Di qui la preclusione per il contribuente all'utilizzo nel suo interesse di quei dati, anche davanti al giudice.

Ciò comporta che, per esempio, una scrittura contabile, un contratto, un documento che abbia un contenuto misto (contenga elementi sfavorevoli e favorevoli) non può essere utilizzato nel proprio interesse, in giudizio, se non è stato prodotto durante le indagini (ove potevano scaturirne elementi contro di lui utilizzabili dall'organo di indagine). Il soggetto, insomma, è posto davanti a questa alternativa: se vuole trarne gli effetti favorevoli davanti al giudice deve offrirlo, anche come elemento contro di sé, all'investigatore. Si può esprimere questo concetto anche in un altro modo: non si possono utilizzare fonti di prova miste, nella parte favorevole, se non cooperando alla propria incriminazione, ostendendole anche per un utilizzo sfavorevole. È da verificare, come approfondimento, se questo *impasse*, di fatto, non potrebbe essere contenuto o superato, almeno quando la fonte sia scorporabile, cioè quando un documento o una scrittura possa essere prodotto solo separando le parti favorevoli. Sul punto vale subito la pena di rilevare che il solo fatto di presentare una documentazione parziale è, comunque, una condotta indiziante (risultando evidente, se la selettività della produzione è palese, che "si nasconde qualche cosa"). In questo caso il problema che segnaliamo si presenterebbe in forma attenuata.

Dal punto di vista tecnico, questo regime di preclusione non comporta un obbligo di collaborazione e non comporta neanche, tecnicamente, una sanzione: esso propriamente si configura quale onere correlato ad una preclusione: una fonte di prova, un mezzo di prova non può essere utilizzato o, meglio, può essere utilizzato per un risultato a sé favorevole solo se si adempia l'onere di metterlo a disposizione del soggetto che effettua le indagini, quella che potremmo definire l'Accusa.

Si tratta di una limitazione cospicua rispetto alle strategie e le facoltà difensive e si tratta di un regime che riguarda condotte e obblighi successivi alla commissione di una ipotetica violazione. Questa disciplina implica che può essere utilizzato a proprio difesa soltanto l'elemento che sia stato condiviso durante le indagini con l'autorità incaricata di formulare l'accusa o meglio di effettuare le indagini per formulare poi, in termini penalistici, l'accusa. Per questo, pur non avendo carattere di sanzione in senso tecnico, può ad essa riconoscersi la natura di sanzione impropria.

Si tratta di una limitazione che, all'evidenza, deve essere attentamente meditata perché di legittimità dubbia almeno sotto un duplice ordine di profili.

Da un lato, perché essa costituisce apparentemente una grossa lesione, quantomeno una grossa limitazione delle facoltà difensive: non è possibile difendersi con quel determinato mezzo o fondandosi su quella determinata fonte o mezzo di prova se non la si è offerta prima all'accusatore durante le indagini. È ben vero che la Agenzia delle Entrate non è il Pubblico Ministero, ma se esiste, come esiste, il parallelismo tra diritto penale e diritto sanzionatorio amministrativo (come impone la Corte di Strasburgo, tra le altre), esiste un parallelismo tra l'indagine amministrativa (che in caso di esito positivo sfocia in sanzioni criminali) e quella penale, cui devono tendenzialmente pertenerne garanzie parallele. Per dirlo più icasticamente, in una logica penalistica questa sarebbe una soluzione decisamente insostenibile: equivarrebbe a dire che non possono essere prodotte in dibattimento prove che non si siano offerte al pubblico ministero durante la fase delle indagini.

Dall'altro lato, e si tratta di considerazioni che raddoppiano o elevano al quadrato le perplessità appena esposte, non minori dubbi sorgono se si considera un punto di vista complementare. A fianco della limitazione delle facoltà difensive si introduce una notevolissima limitazione alla cognizione del giudice, perché il giudice non potrebbe utilizzare per conoscere la verità atti e documenti, pur

ritualmente e tempestivamente prodotti nella fase processuale, in quanto non messi a disposizione durante la fase amministrativa.

Se si può giustificare (anzi, si deve giustificare) che il giudice non possa conoscere nell'interesse della Amministrazione degli elementi che l'amministrazione non ha raccolto durante la fase amministrativa, nel senso che non si può ammettere una integrazione postuma delle negligenze istruttorie (che costituiscono veri e propri vizi della funzione) da parte dell'organo di indagine, non esiste alcuna simmetria rispetto alla parte privata. Essa è il soggetto che subisce l'indagine. Tra questi due soggetti non esiste assolutamente alcuna ragionevole simmetria: da un lato c'è un soggetto incaricato di effettuare delle indagini con il dovere di indagare con piena diligenza, dall'altro c'è un soggetto che, al contrario, subisce le indagini e che, se ha certamente il dovere di cooperare nell'adempimento degli obblighi primari di solidarietà sociale (contabilizzare, dichiarare, liquidare, versare), non ha certamente l'obbligo di cooperare per far scoprire le proprie violazioni, anzi, ha il diritto esattamente opposto, riconosciuto dalla giurisprudenza internazionale.

Sarebbe pertanto del tutto errato porre sullo stesso piano la negligenza o l'incompletezza dell'istruttoria da parte di chi indaga (vizio della funzione pubblica) e la reticenza del reo: per il primo soggetto ci sono dei doveri, per il secondo dei diritti fondamentali.

Ne consegue che le preclusioni previste dall'art. 32 d.p.r. 600/1973, previste dal legislatore in attuazione di un ampio e pervasivo dovere di buona fede e collaborazione, esteso alla fase istruttoria, sono fortemente a rischio di contrasto col diritto di non cooperare alla propria incriminazione sancito dalle Corti internazionali.

Luigi Santoro

**L'attribuzione del cognome ai figli:
dalla discrezionalità del legislatore... alla *discrezionalità dei genitori*
(considerazioni controcorrente a partire dalla [ord. n. 18/2021](#) della Corte costituzionale)***

ABSTRACT: *Constitutional Court's [judgment No. 18 of 2021](#) offers an opportunity to question the tendential unconstitutionality of legislative automatisms potentially damaging to fundamental rights (in this case: the right of the child to be identified with the surname of both parents), through the procedural technique of self-deferring before to itself of a further question of constitutional legitimacy. In addition to the substantive and procedural aspects of the ruling, this paper critically analyses new possible ways which to imagine the relationship between the Constitutional Court, the inertia of the legislator and its discretion.*

SOMMARIO: 1. Per una storia (costituzionale) del cognome. La questione dell'attribuzione del cognome ai figli nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale. – 2. Gli aspetti sostanziali. Esiste un vero “diritto” dei genitori a *trasmettere* il proprio cognome? – 3. (*segue*): oppure esiste un diritto del minore ad essere individuato con il cognome di entrambi i genitori? – 4. Possibili scenari. Un nuovo modo di declinare il rapporto fra Corte costituzionale e legislatore? – 5. Gli aspetti processuali. Brevi cenni. – 6. Conclusioni provvisorie.

1. *Per una storia (costituzionale) del cognome. La questione dell'attribuzione del cognome ai figli nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale.*

L'[ordinanza n. 18 del 2021](#) è l'ultima tappa di un complesso e articolato processo di evoluzione giurisprudenziale in tema di attribuzione del cognome ai figli. Anzi, a ben vedere, dovrebbe trattarsi della *penultima* tappa: a chiudere (presumibilmente in via definitiva) la questione, sarà infatti la sentenza con cui la Corte costituzionale deciderà sulla questione di legittimità costituzionale che la Corte medesima ha deciso di sollevare innanzi a sé con l'[ordinanza n. 18/2021](#)¹.

A destare particolare interesse non è tanto la prevedibile “meta” finale di questo lungo e travagliato cammino giurisprudenziale, quanto piuttosto il “viaggio” in sé, nel suo svilupparsi nel tempo, a testimonianza di come anche la Corte – forse, anzi, *soprattutto* la Corte – cerchi di farsi interprete, (n.b.: sempre alla luce del parametro costituzionale), dell'evoluzione della *coscienza sociale* (ruolo che, almeno in teoria, spetterebbe in prima analisi al legislatore e solo in via sussidiaria al Giudice delle leggi)². Sia chiaro: l'unico *parametro giuridico* che la Corte deve osservare, e fedelmente

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ In breve, com'è noto, con l'[ord. n. 18/2021](#), la Corte costituzionale ha sollevato dinanzi a sé la questione di legittimità dell'articolo 262, primo comma, del Codice civile, che reca la disciplina dei figli nati fuori dal matrimonio. La vicenda dalla quale questa pronuncia prende le mosse è la richiesta, avanzata dal Tribunale di Bolzano alla Consulta, di dichiarare incostituzionale la suddetta norma là dove non prevede, in caso di accordo tra i genitori, la possibilità di trasmettere al figlio il (solo) cognome materno invece di quello paterno. Ma, poiché «anche laddove fosse riconosciuta la facoltà suddetta, la regola che impone l'acquisizione del solo cognome paterno dovrebbe essere ribadita in tutte le fattispecie in cui tale accordo manchi o, comunque, non sia stato legittimamente espresso», ciò sarebbe comunque confermativo di una disparità di fondo, come tale incostituzionale. Infatti, in questi casi, osserva la Corte, «dovrebbe dunque essere riconfermata la prevalenza del cognome paterno, la cui incompatibilità con il valore fondamentale dell'uguaglianza è stata da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza di questa Corte». Ed è proprio in virtù di questa disparità di fondo, la cui risoluzione «si configura come logicamente pregiudiziale e strumentale per definire le questioni sollevate dal giudice a quo», che la Corte ravvisa l'ineludibile necessità di sollevare dinanzi a sé una specifica (...e diversa) questione di legittimità costituzionale. Il tenore della quale – come peraltro riassume espressamente la Corte già nel comunicato stampa dell'11 febbraio – è, in sintesi, il seguente: «l'accordo dei genitori sul cognome da dare al figlio può rimediare alla disparità fra di loro se, in mancanza di accordo, prevale comunque quello del padre?».

² Il tema dell'attribuzione del cognome ai figli (e della sua evoluzione) nella prospettiva della Corte costituzionale quale interprete del mutamento della coscienza sociale, è ampiamente trattato – proprio come caso paradigmatico – da N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2017; ancora, in tema di evoluzione della coscienza sociale e Corte cost., v. da ultimo A. CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della*

custodire, è il testo costituzionale, ma certo la Carta va interpretata e applicata in un contesto storico che naturalmente si evolve; sicché i giudici non possono non tener conto anche dell'evoluzione della "coscienza sociale", beninteso solo se e quando essa coincide con il sistema dei valori costituzionali. La Corte, invece, deve ben guardarsi dal rischio di farsi interprete dell'"opinione pubblica", per definizione sempre manipolabile e mutevole. Del resto – per quanto non sia agevole la distinzione terminologica, cui qui si può solo accennare, fra matura evoluzione della *coscienza sociale* ed effimero manifestarsi dell'*opinione pubblica* – proprio su di essa si basa il timore di politicizzazione dei tribunali costituzionali³. Al netto di queste preliminari considerazioni, e sorvolando sull'analisi della disciplina positiva in tema di attribuzione del cognome ai figli⁴, può quindi essere utile – prima di analizzare gli aspetti sostanziali e procedurali che l'ordinanza in commento offre – ricapitolare in premessa (sia pur brevemente e schematicamente), i diversi e progressivi "approdi" della giurisprudenza costituzionale in tema di attribuzione del cognome materno ai figli. È un percorso in 7 tappe: I. [ord. n. 176 del 1988](#). Qui la Corte si esprime con una *manifesta inammissibilità*, ma valuta (timidamente) un intervento legislativo «possibile, probabilmente opportuno»⁵;

II. [ord. n. 586 del 1988](#). Siamo di fronte ancora a una *manifesta inammissibilità*, ma l'intervento legislativo è già (senza mezzi termini) definito «opportuno»⁶;

III. [sent. n. 61 del 2006](#). La Consulta si pronuncia sempre con *inammissibilità*, non più "manifesta", ma questa volta dichiarata con sentenza. Si tratta, in realtà e a ben vedere, come pure da più parti è stato notato, di una *incostituzionalità prospettata ma non dichiarata*⁷. L'intervento legislativo ora è considerato "necessario"⁸;

coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale, in *Pol. dir.*, n. 4/2019, 523 e la monografia di D. PICCIONE, *Effettività costituzionale e coscienza collettiva*, Modena, Mucchi editore, 2021.

³ Sul punto, v. soprattutto A. SPADARO, *Una Corte per la Costituzione (Nota sull'originaria e prioritaria funzione della Corte costituzionale)*, in AA.VV., *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, tomo II, Milano, Giuffrè, 1987, 1239 ss.; ID., *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, nt. 54, 122 s., nonché conformemente A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2019, 20, e bibliografia ivi citata, fra cui segnalò: E. BETTINELLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, 1991, 39 ss.; M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in V. Tondi della Mura - M. Carducci - R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino 2005 90 ss.; ivi, anche A. RAUTI, *Il "diritto" alla reputazione del singolo di fronte al "tribunale" dell'opinione pubblica: la Corte costituzionale nelle vesti del barone di Münchhausen*, 617 ss.

⁴ Com'è noto, e come rileva già la [sent. n. 286/2016](#) (par. 2 *Rit. fat.*), «sebbene la norma sull'automatica attribuzione del cognome paterno [...] non sia prevista da alcuna specifica norma di legge, essa è desumibile dal sistema normativo, in quanto presupposta dagli artt. 237, 262 e 299 cod. civ., nonché dall'art. 72, primo comma, del r.d. n. 1238 del 1939, e dagli artt. 33 e 34 del d.p.r. n. 396 del 2000».

⁵ Ancorché la Corte ritenga «possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi», essa dichiara la q.l.c. manifestamente inammissibile perché «è una questione di politica e di tecnica legislativa di competenza esclusiva del *conditor iuris*».

⁶ Con l'ord. in questione la Consulta ritiene che gli argomenti addotti dai ricorrenti, del tutto analoghi, fossero «già stati giudicati privi di consistenza da questa Corte in riferimento ad analoga questione sollevata da altro giudice e decisa con l'[ordinanza n. 176 del 1988](#)», sulla base di «una regola radicata nel costume sociale come criterio di tutela dell'unità della famiglia fondata sul matrimonio», precisando che «le altre argomentazioni del giudice remittente si svolgono sul piano della politica legislativa, prospettando l'opportunità di introdurre un diverso sistema di determinazione del nome».

⁷ Qui – sebbene la Corte ritenga che «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna» – cionondimeno valuta doveroso continuare ad attenersi ad un rigoroso *self-restraint*, in quanto «l'intervento che si invoca con la ordinanza di rimessione richiede una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte». Fra i molti commenti alla pronuncia, si segnalano G. DOSI, *Doppio cognome, no alla via giudiziaria*, in *Diritto e giustizia*, n. 10/2006, 14; I. NICOTRA, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgano il suggerimento della Corte per modificare la legge*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#); E. PALICI DI SUNI, *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2006, 552.

⁸ La "necessità" dell'intervento legislativo si deduce chiaramente da queste parole della Corte: «tenuto conto del vuoto di regole che determinerebbe una caducazione della disciplina denunciata, non è ipotizzabile, come adombrato nella

IV. [sent. n. 286 del 2016](#). In questo caso viene dichiarata l'*incostituzionalità parziale* del (le norme che regolano il) meccanismo determinante l'automatica attribuzione del cognome paterno ai figli, nella parte in cui non consente ai coniugi, *di comune accordo*, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, *anche* il cognome materno. L'intervento del legislatore è avvertito, adesso, come espressamente «indifferibile»⁹. È da notare che questa pronuncia interviene dopo la riforma della filiazione del 2012 (l. n. 219/2012, per le implicazioni della quale v. *infra*) – che peraltro, pur potendo, nulla ha disciplinato in tema di cognome dei figli¹⁰ – e soprattutto dopo un'importantissima pronuncia della Corte EDU del 2014 in materia di attribuzione del cognome materno, di cui non si può compiutamente discutere in questa sede¹¹;

ordinanza di rimessione, nemmeno una pronuncia che, accogliendo la questione di costituzionalità, demandi ad un futuro intervento del legislatore la successiva regolamentazione organica della materia». L'«inammissibilità» della q.l.c., invece, si arguisce da queste altre parole: «l'intervento che si invoca con la ordinanza di rimessione richiede *una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte*. Ed infatti, nonostante l'attenzione prestata dal collegio rimettente a circoscrivere il *petitum* – limitato alla richiesta di esclusione dell'automatismo della attribuzione al figlio del cognome paterno nelle sole ipotesi in cui i coniugi abbiano manifestato una concorde diversa volontà – viene comunque lasciata aperta tutta una serie di opzioni che vanno da quella di rimettere la scelta del cognome esclusivamente a detta volontà – con la conseguente necessità di stabilire i criteri cui l'ufficiale dello stato civile dovrebbe attenersi in caso di mancato accordo – ovvero di consentire ai coniugi che abbiano raggiunto un accordo di derogare ad una regola pur sempre valida, a quella di richiedere che la scelta dei coniugi debba avvenire una sola volta».

⁹ Qui la Corte abbandona finalmente il *self-restraint* che fino a quel momento (per quasi 30 anni) l'aveva contraddistinta, pronunciandosi “solo”, però, con una sentenza di incostituzionalità parziale, lasciando intendere di “non poter fare di più”, in ragione del rigoroso rispetto del *petitum* del rimettente cui la Consulta sente di doversi attenere: «con la presente decisione, questa Corte è, peraltro, chiamata a risolvere la questione formulata dal rimettente e riferita alla norma sull'attribuzione del cognome paterno nella sola parte in cui, anche in presenza di una diversa e comune volontà dei coniugi, i figli acquistano automaticamente il cognome del padre. L'accertamento della illegittimità è, pertanto, limitato alla sola parte di essa in cui non consente ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno». La Corte sente però l'esigenza di precisare che «in assenza dell'accordo dei genitori, residua la generale previsione dell'attribuzione del cognome paterno, in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità». Fra i moltissimi commenti, si segnalano soprattutto B. AGOSTINELLI, *Il cognome materno tra parità dei coniugi e identità personale del figlio*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 1/2017; E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*, in *Fam. dir.*, n. 3/2017, 218; C. FAVILLI, *Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 6/2017, 823; A. FUSCO, *"Chi fuor li maggior tui?": la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2017; A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse del minore*, in *Diritti Comparati*, n. 1/2017, 90 ss.

¹⁰ Come rileva la stessa Corte cost. [n. 286/2016](#): «Neppure il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219), con cui il legislatore ha posto le basi per la completa equiparazione della disciplina dello status di figlio legittimo, figlio naturale e figlio adottato, riconoscendo l'unicità dello status di figlio, ha scalfito la norma oggi censurata. Pur essendo stata modificata la disciplina del cambiamento di cognome – con l'abrogazione degli artt. 84, 85, 86, 87 e 88 del d.p.r. n. 396 del 2000 e l'introduzione del nuovo testo dell'art. 89, ad opera del d.p.r. 13 marzo 2012, n. 54 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127) – le modifiche non hanno attinto la disciplina dell'attribuzione “originaria” del cognome, effettuata al momento della nascita». Anzi, l'art. 27, comma 1, lett. b) del succitato d.lgs. n. 154/2013, modificando il terzo comma dell'art. 262 c.c., ha stabilito *solo* che «il figlio può mantenere il cognome precedentemente attribuitogli, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno della sua identità personale, aggiungendolo, antepoendolo o sostituendolo al cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto o al cognome dei genitori in caso di riconoscimento da parte di entrambi», ma... *nulla di più*. V'è da chiedersi, a questo punto, se possa ancora accusarsi il legislatore di “inerzia”, non dovendosi piuttosto interpretare tale silenzio come volontà (negativa) di *non* disciplinare diversamente la materia dell'attribuzione del cognome ai figli.

¹¹ Corte EDU 7 gennaio 2014, [Cusan e Fazzo c. Italia](#), secondo cui l'impossibilità per i genitori di attribuire al figlio, alla nascita, il cognome della madre, anziché quello del padre, integra violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) e insieme dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della CEDU. V'è chi ha notato che, in ogni caso, a leggere la [sent. n. 286/2016](#), per la Corte trattasi di un «precedente che [...] sa di non poter tenere in debito conto ma che usa come semplice argomento di giudizio, *ad adiuvandum*, e non come elemento di un parametro autonomo, il 117, I co. Cost., nell'interpretazione data dalla Corte nelle [decisioni nn. 348 e 349 del 2007](#), così come le era stato richiesto dal giudice *a quo*». Così A. FUSCO, *"Chi fuor li maggior tui?"*, cit., 5. Questo conferma, appunto, che il *diritto a trasmettere il cognome ai figli* è, al più, *astrattamente riconosciuto* sul piano internazionale, ma non ancora *attribuito in concreto* sul

V. [ord. n. 18 del 2021](#), in cui la Corte finalmente sembra “perdere la pazienza” e solleva la q.l.c. di fronte a se stessa; ordinanza di cui si parlerà nel presente saggio;

VI. Si avrà poi un'altra, necessaria, pronuncia con cui la Corte deciderà il giudizio sulla questione autosollevata;

VII. Si avrà, infine, la sentenza con cui la Corte deciderà sulla q.l.c. prospettata dal giudice di Bolzano, consentendogli di definire il giudizio principale (ove la Corte già non decida sul punto, unendo i procedimenti, nella “tappa” precedente).

Si noti come, dalle prime pronunce del 1988, trascorrono quasi 20 anni per avere un monito abbastanza forte nei confronti del legislatore (con la sentenza del 2006) e altri 10 anni per ottenere (nel 2016) una sentenza di incostituzionalità, ancorché solo parziale, del criterio dell'attribuzione del solo cognome paterno ai figli. Trascorsi dunque ulteriori 5 anni da questa pronuncia – e dunque, ad oggi, ben 31 anni da quelle del 1988 – e dopo ben 5 pronunce, come giudicare l'*interventismo* della Corte costituzionale preannunciato con l'[ord. n. 18 del 2021](#)? Questo significativo decorso del tempo, in costanza di una perdurante inerzia del legislatore (e con una coscienza sociale ormai radicalmente mutata), giustifica l'intervento “di sistema” che la Corte si propone di effettuare? Oppure è da ritenersi inammissibile, in ogni caso, un intervento di simile portata?

Queste considerazioni spostano l'attenzione sui profili processuali della pronuncia in commento, che forse ne rappresentano – ancor più dei profili sostanziali in tema di attribuzione del cognome – la vera portata innovativa. E cioè: quali sono (se vi sono, a questo punto...) i limiti di intervento della Corte costituzionale in relazione alla “discrezionalità del legislatore” *inerte*?

Ma naturalmente, prima di provare a ragionare sui profili processuali, è opportuno prendere in esame i profili sostanziali dell'[ord. n. 18 del 2021](#).

2. Gli aspetti sostanziali. Esiste un vero “diritto” dei genitori a trasmettere il proprio cognome?

Parlare di “diritto” del genitore a “trasmettere” il proprio cognome al figlio è, probabilmente, a mio avviso, errato. O, quantomeno, non più conforme alle più recenti evoluzioni del diritto di famiglia.

È bene ricordare che con la riforma della filiazione del 2012 si è affermato in materia il principio del *superiore interesse del minore*¹², in ordine al quale i genitori non esercitano più nei confronti del minore medesimo, com'è noto, una *potestà* genitoriale, bensì una *responsabilità* genitoriale¹³. Per questa ragione, sembra problematico affermare che possa esistere un vero e proprio “diritto” di “trasmettere” il proprio cognome, da esercitarsi quindi *sui* figli¹⁴.

piano interno: è necessario, al riguardo, un espresso intervento legislativo. Sul caso *Cusan e Fazzo c. Italia*, v. almeno G. P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, n. 1/2014, 739; E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017; S. NICCOLAI, *Il diritto delle figlie a trasmettere il cognome del padre: il caso Cusan e Fazzo c. Italia*, in *Quad. cost.*, n. 2/2014, 453-456; A. RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in questa *Rivista*, 2014 (30.05.2014).

¹² Cfr., per tutti, E. FRONTONI, *Minore (superiore interesse del)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, UTET, 2021, 271 ss., e la bibliografia ivi citata. Per una prospettiva costituzionalistica, cfr. E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016; quest'ultima Autrice, fin dalla quarta di copertina del suo volume, critica «l'uso retorico del principio» in questione, spesso utilizzato come «pretesto per giustificare decisioni che realizzano anche o soprattutto interessi diversi, sui quali tuttavia sarebbe molto più difficile raccogliere consenso».

¹³ In relazione alla portata della differenza fra *potestà* e *responsabilità* genitoriale intervenuta con la riforma del 2012, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2. 1, *La famiglia*, V ed., Milano, Giuffrè, 2014, 343; E. AL MUREDEN, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2014, 5; F. GIARDINA, *“Morte” della potestà e “capacità” del figlio*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6/2016; sui concetti di autorità e di responsabilità nei “nuovi” rapporti genitoriali, e sulla loro evoluzione, v. il contributo di A. GORASSINI, *Lo stato unico di genitore*, in *Jus civile*, n. 6/2018, 820-830.

¹⁴ In questo senso, condivido l'impostazione di S. SCAGLIARINI, il quale, commentando la [sent. n. 286/2016](#), acutamente nota che «la trasmissione del cognome al figlio [...] non costituisce, in realtà, oggetto di un diritto soggettivo

Infatti, nei termini in cui la Corte costituzionale parla di “trasmissione” del cognome, sembra riferirsi allo schema classico (di diritto privato), ormai superato, della “potestà” piuttosto che a quello del “diritto soggettivo”¹⁵.

Tuttavia, se nel diritto “privato” non può più parlarsi né di *potestà* sui minori né tantomeno di *diritti* da esercitarsi *su* di essi, non così è necessariamente nel diritto pubblico. Infatti – a riprova della funzione anche giuspubblicistica che il patronimico assume e ha storicamente assunto – la situazione dei genitori si avvicina – qui sì – di più alla *potestà* (intesa come diritto/dovere di agire nell’interesse di un terzo e, più in generale, dell’ordinamento). In questo senso, si può allora affermare che “trasmettere” il cognome è, piuttosto, un *dovere*¹⁶.

Un approccio simile emerge già dall’[ord. n. 176/1988](#), dove chiaramente la Corte afferma che «oggetto del diritto dell’individuo all’identità personale, sotto il profilo del diritto al nome, non è la scelta del nome, bensì il “nome per legge attribuito”, come si argomenta dall’art. 22 Cost. in relazione all’art. 6 cod. civ.», anche se fin da allora si afferma, come già notato, che «invece sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all’evoluzione della *coscienza sociale*, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell’autonomia dei coniugi» (nostro il c.vo).

A riprova della inesistenza di un “diritto” vero e proprio a trasmettere il cognome, basti considerare che, ordinariamente, un diritto può essere o meno esercitato dal suo titolare: ma possono forse i

per nessuno dei genitori, trattandosi, all’opposto, di una scelta del legislatore, come dimostra, a tacer d’altro, il fatto che al figlio viene attribuito il cognome paterno anche contro la volontà di questi. Non solo, ma a ben vedere non è nemmeno corretto parlare di trasmissione del cognome, perché al figlio viene attribuito *ope legis* un cognome che si acquista a titolo originario, e non derivato. Non vi è, insomma, alcuna scelta del cognome, come avviene invece per il prenome»; S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2017, 4. Nello stesso senso, cfr. anche G. PASSARELLI, *Note sulla attribuzione del cognome materno. Una questione (ancora) de iure condendo*, in *Fam. dir.* n. 5/2021, 552, in, per il quale “trasmissione del cognome” è «termine atecnico perché non lo si acquista mai a titolo derivativo-traslativo, in quanto non si verifica una sua perdita da parte di un soggetto in favore di un altro, né tantomeno a titolo derivativo-costitutivo, restando inalterato il diritto originario in capo al titolare». Ancora, cfr. L. LENTI, *Nome e cognome*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, UTET, 1995, 136 ss.: «L’attribuzione originaria del cognome è una vicenda sottratta alla volontà dell’interessato: consegue direttamente alla costituzione del rapporto di filiazione». Del resto, così è anche nella dottrina più risalente: cfr. A. DE CUPIS, *Nome e cognome*, in *Nov. Dig. It.*, XI, Torino, UTET, 1968, 300 ss. Di vero e proprio “diritto” alla trasmissione del cognome, parlano invece almeno: C. BASSU, *Nel nome della madre. Il diritto alla trasmissione del cognome materno come espressione del principio di uguaglianza. Un’analisi comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2016, 545 (la stessa A. parla addirittura di «libertà di trasmissione del cognome», 573); S. NICCOLAI, *Il diritto delle figlie a trasmettere il cognome del padre*, cit., 453; V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in [Nomos](#), n. 1/2018, 1; C. INGENITO, *L’epilogo dell’automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 2/2017, 11; ID, *Una nuova occasione per superare “l’anche” nell’attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell’ordinanza n. 18/2021 della Corte Costituzionale* in [Federalismi.it](#), n. 11/2021, 65.

¹⁵ Sulla distinzione, classica, fra *diritto soggettivo* e *potestà*, v. per tutti A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXIV ed., Milano, Giuffrè, 2019, 73, per i quali si parla di potestà, e non invece di diritti soggettivi, quando «il potere di agire per l’ottenimento di un certo risultato pratico non è attribuito al singolo nel suo proprio interesse, bensì per realizzare un interesse altrui. Per esempio, ai genitori è attribuito un complesso di poteri concessi nell’interesse dei figli. Queste figure di poteri che al tempo stesso sono doveri si chiamano potestà o uffici (è un ufficio quello del tutore di una persona incapace). Mentre, come si è detto, l’esercizio del diritto soggettivo è libero, in quanto il titolare può perseguire i fini che ritiene più opportuni, l’esercizio della potestà deve sempre ispirarsi alla cura dell’interesse altrui». V. anche, fra gli altri, G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, XI ed., Padova, Wolters Kluwer - Cedam, 2020, 158, per il quale «Le potestà sono poteri affidati ad un soggetto non nel suo interesse, ma per tutelare un interesse altrui che l’ordinamento ritiene meritevole di protezione, per esempio la potestà dei genitori sui figli, ora sostituita dalla responsabilità genitoriale».

¹⁶ L’art. 30, comma 1, Cost., infatti, parla del diritto-dovere dei genitori di istruire, educare e mantenere i figli, anche se nati fuori dal matrimonio. Dunque, già la Costituzione segnala che il riconoscimento di diritti dei genitori non implica che questi siano esercitabili secondo modalità interamente definibili dai titolari e che spetta al legislatore dare concretezza ai profili di doverosità cui la norma si riferisce.

genitori *non* esercitare il *diritto* a *trasmettere* il cognome ai figli? Trattandosi di un atto *dovuto*, ovviamente no¹⁷.

In breve, quindi, non esiste tanto un generico “diritto soggettivo” classico, individuale (del genitore), alla “trasmissione” del proprio cognome, quanto, al più, un *interesse*, di entrambi i genitori, *unitariamente considerati*, che si traduce in un *diritto-dovere* degli stessi (a dare al figlio *il cognome per legge attribuito*, a norma dell’art. 6 del codice civile) e che si riverbera sul diritto all’identità del figlio. Si potrebbe dunque dire che ad essere incostituzionale non è la mancata previsione del *diritto* di trasmettere il cognome scelto di comune accordo dai genitori; incostituzionale è semmai, come si accennava, il *dovere* di attribuire *solo* il patronimico (o, al più, dopo la [sent. n. 286/2016](#), *anche* – e non *solo* – il cognome materno).

Per questi motivi, forse, apparirebbe più corretto, da un punto di vista argomentativo, impostare la questione ricorrendo prevalentemente al profilo dell’*identità personale del minore*¹⁸ (considerato invece dalla Corte quasi come accessorio rispetto al profilo relativo ad un asserito diritto genitoriale a “trasmettere” il cognome), interrogandosi se, per questa via, si debba riconoscere il *diritto ad essere identificato con il cognome di entrambi i genitori fin dalla nascita*¹⁹.

Naturalmente il problema della violazione del principio di uguaglianza rimane, ma solo a patto che lo si inquadri correttamente. Ed a patto che – ciò che più interessa ai nostri fini – si individui il soggetto istituzionale chiamato a risolverlo (che dovrebbe essere il Parlamento). Il problema, cioè, esiste nella misura in cui l’ordinamento non consente l’*attribuzione*, come regola/dovere (e non la *trasmissione* come diritto/possibilità), in mancanza di diverso accordo, anche (o unicamente) del cognome materno. Da ciò deriva che – se si accetta di doversi ragionare in termini di regole, per lo più “di sistema” (quale è appunto la “regola generale” di trasmissione del cognome) – la Corte non potrebbe sostituirsi al legislatore. Il giudizio della Corte costituzionale, infatti, dovrebbe riguardare solo casi puntuali (*diritti* in concreto negati), non addirittura sistemi generali di *regole*, la determinazione delle quali dovrebbe essere di esclusiva spettanza del legislatore nell’esercizio della sua discrezionalità politica: è la c.d. “anima concreta” del giudizio di costituzionale (su questi temi si ritornerà spec. nel § 4).

Ad ogni modo, come si diceva, se è vero che la violazione del principio di uguaglianza si rinviene (solo) nella *regola* percepita *oggi* come discriminatoria (cui solo il legislatore però dovrebbe porre rimedio), e non tanto in un *diritto* soggettivo dei genitori, cionondimeno rimane il problema del *diritto del minore* ad essere identificato con il cognome di entrambi i genitori.

3. (*segue*): *oppure esiste un diritto del minore ad essere individuato con il cognome di entrambi i genitori?*

Se è ragionevole quanto si è cercato di sostenere, la questione sembra dunque potersi affrontare correttamente sotto il (solo) profilo della tutela del minore, e del rispetto della sua identità personale, che con il diritto al nome immediatamente si ricollega.

¹⁷ Peraltro, giovi considerare che neppure la scelta del “prenome” è assoluta, ma incontra dei limiti ben precisi (di cui, fra l’altro, all’art. 6 del codice civile). Per di più, a conferma della complessità del bilanciamento tra i diritti in gioco, la madre può scegliere anche di non essere nominata nell’atto di nascita, negando così al figlio l’attribuzione del proprio cognome; cfr. V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere*, cit., 1 ss.

¹⁸ Sul legame fra nome e identità personale, cfr., *ex multis*, M. NUZZO, *Nome (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, 304 ss.; M. DOGLIOTTI, *Persone e famiglia*, tomo I, in *Trattato di Diritto privato* (diretto da P. Rescigno), Torino, Giappichelli, 1982, 107 ss.; G. FERRANDO, *Diritto all’identità e cognome dei figli*, in *Minori giustizia: riv. interdisc.*, 2011, 79 ss.; del cognome come proiezione della «dimensione “sociale” del diritto a conoscere le proprie origini» parla V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere*, cit., 4.

¹⁹ Così come, analogamente, alla luce delle evoluzioni del diritto di famiglia, non si parla più di “diritto dei genitori ad avere dei figli”, ma al contrario di “diritto del figlio ad avere dei genitori”; non “diritto di adottare” ma “diritto del minore ad avere una famiglia” ecc.

Anzi – ed è la tesi che qui si vuole sostenere – nel momento in cui si afferma la prevalenza del principio del *superiore* interesse del minore, la tutela dell’uguaglianza fra i genitori nei meccanismi di attribuzione del cognome dovrebbe essere logicamente comunque *recessiva* e posta in secondo piano²⁰. L’[ord. n. 18/2021](#), astrattamente e formalisticamente, avrebbe potuto allora concludersi, forse, con un’inammissibilità, anche solo parziale, per inconferenza del parametro (l’art. 3, che tutela l’uguaglianza, e non invece gli artt. 2 e 22 Cost., che garantiscono il diritto al nome, affidandone la disciplina al legislatore), oltre che per assenza di c.d. rime obbligate: insomma, un’ipotesi di «inammissibilità plurima»²¹. Ma, proprio su quest’ultimo aspetto, la Corte precisa che «ancorché siano legittimamente prospettabili soluzioni normative differenziate, l’esame da parte della Corte di specifiche istanze di tutela costituzionale, attinenti a diritti fondamentali, non può essere pretermesso, poiché 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». Insomma, la questione non poteva essere dichiarata – ancora una volta! – inammissibile.

A leggere l’[ord. n. 18/2021](#) sembra quasi – ma è una mia impressione – che si voglia combattere la (ineccepibile) “battaglia” dell’*uguaglianza* fra uomo e donna utilizzando lo “strumento” (discutibile) del *superiore interesse del minore* attraverso la (forse inopportuna) via giurisprudenziale.

La verità è che, a prescindere dal fatto che se ne parli in termini di *regole* o di *diritti*, si tratta in entrambi i casi di *interessi meritevoli di tutela*: l’*uguaglianza* dei genitori e l’*identità* del minore sono certamente beni “costituzionalmente protetti”, anche se incerto può esserne in concreto l’ordine di importanza e il modo della loro tutela. Certo, qualche dubbio potrebbe sorgere sulla qualificazione del *diritto ad essere identificato* – *n.b.: fin dalla nascita – con il cognome di entrambi i genitori* come “diritto fondamentale” (in quanto proiezione del diritto all’identità personale).

Infatti, com’è noto, ciò che di “fondamentale” c’è tradizionalmente nel diritto al nome è solo la garanzia minimale di *non esserne privati* (unitamente alla capacità giuridica e alla cittadinanza), secondo la logica propria dell’art. 22 Cost.: privando la *persona* di tali attributi fondamentali, l’essere umano diventa un mero “individuo”, anonimo e senza patria (alla stregua di un apolide), quasi inesistente per l’ordinamento giuridico; in definitiva, nella peggiore delle ipotesi ed in un ordinamento illiberale, potrebbe rischiare di ridursi solo a un numero: è la storia della *Shoah*.

Insomma, che – con il consenso di entrambi i genitori – si adotti il patronimico, o il matronimico, o il cognome di entrambi i genitori è questione solo “conseguente” al prioritario diritto del minore all’identità. Del resto, anche la giurisprudenza costituzionale ha sempre considerato il diritto in oggetto più come un diritto a *mantenere* (e cioè, appunto, *a non essere privati* del) il cognome originariamente attribuito, piuttosto che un diritto *ad essere identificati* sin dalla nascita con un “determinato” cognome: in questo senso, la [sent. n. 297 del 1996](#)²² (e, ancor prima, la [sent. n. 13 del 1994](#))²³ insegnano che neppure un automatismo legislativo (patronimico o matronimico che sia) può

²⁰ E, ovviamente, non si vuole qui sostenere che il diritto all’identità personale del minore, ancorché espressione di un suo “superiore” interesse, prevalga sempre e in astratto sull’uguaglianza dei genitori: nessun principio – notoriamente – è “assoluto”, ma deve sempre ragionevolmente bilanciarsi, in concreto, con gli altri principi costituzionali che vengono in rilievo. Si vuole solo precisare che, *in questo caso concreto*, si dovrebbe guardare alla questione del “doppio cognome” non dalla *prevalente* prospettiva dei genitori (come sembra aver fatto la Corte), ma da quella del minore, il cui interesse è espressamente riconosciuto come *prevalente* dalla normativa nazionale, europea e internazionale, nonché dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, della Corte EDU e dalla stessa Corte costituzionale. Solo così, in questo senso, può trovare davvero applicazione il principio del superiore interesse del minore, dove il concetto di “superiorità”, “prevalenza”, “preminenza” esprime già quale deve essere la direzione del bilanciamento da operare poi con tutti gli interessi e i valori che possono in concreto venire in rilievo.

²¹ Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, cit., 171.

²² Più nello specifico, la [sent. n. 297 del 1996](#) dichiara costituzionalmente illegittimo, «per violazione dell’art. 2 Cost., l’art. 262 cod. civ., nella parte in cui non prevede che il figlio naturale, nell’assumere il cognome del genitore che lo ha riconosciuto, possa ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a *mantenere*, antepoendolo o, a sua scelta, aggiungendolo a questo, il cognome precedentemente attribuitogli con atto formalmente legittimo, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale» (nostro il c.vo).

²³ Con la [sent. n. 13 del 1994](#), la Corte «dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 165 del Regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile), nella parte in cui non prevede che, quando la rettifica degli atti dello stato

privare un soggetto del cognome acquisito fin dalla nascita. È, appunto, la tradizionale logica dell'art. 22 Cost.

Tuttavia, con l'[ord. n. 18/2021](#) la Corte sembra arricchire il significato tradizionalmente attribuito all'art. 22 Cost., ampliandone la portata semantica ed assiologica, con un'evoluzione ermeneutica condivisibile: la Corte ci dice che, oltre ad esistere un diritto fondamentale a *mantenere* il proprio cognome, esiste anche un diritto fondamentale a *vedersi attribuito sin dalla nascita* (che evidentemente è situazione crono-logicamente diversa dal “mantenere”) il cognome di entrambi i genitori.

Senonché, l'art. 22 Cost., purtroppo non è stato evocato come parametro di costituzionalità dal giudice remittente e non verrebbe dunque direttamente in rilievo nel caso *de quo* (probabilmente in virtù del fatto che esso riguarda i rapporti tra il potere pubblico e i cittadini, non il rapporto tra genitori e i figli minori ma, su questo punto, v. la già *supra* citata [ord. n. 176/1988](#)).

Infatti, come si ricordava, nell'[ord. n. 18/2021](#), sembrano privilegiarsi più i profili dell'*uguaglianza* dei genitori che non quello del *superiore interesse del minore*. Ma ciò potrebbe portare, a causa di questo vizio di prospettiva, ad una paradossale eterogenesi dei fini: volendo tutelare radicalmente l'uguaglianza dei genitori, si potrebbe ledere proprio il superiore interesse del minore. Proviamo a vedere perché.

In premessa, ritengo utile dire subito che – nonostante un'inerzia così prolungata – forse sarebbe stato opportuno:

a) attendere ancora un intervento del legislatore²⁴, l'unico davvero legittimato a “scegliere” fra le diverse opzioni possibili, in assenza di “rime obbligate”, anche se con ciò si sarebbe continuato a sacrificare il “superiore” interesse del minore²⁵; oppure

b) più semplicemente, accogliere la q.l.c., ma negli stretti limiti proposti dal giudice remittente, che censurava la disposizione «nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, il solo cognome materno», chiedendo «l'addizione di una specifica ipotesi derogatoria, ritenuta costituzionalmente imposta», volta però (n.b.: non già, come la stessa Corte evidenzia, in accordo con il giudice remittente, a «riconoscere il *paritario rilievo dei genitori* nella trasmissione del cognome al figlio», bensì volta) a garantire sì il paritario rilievo

civile, intervenuta per ragioni indipendenti dal soggetto cui si riferisce, comporti il cambiamento del cognome, il soggetto stesso possa ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a *mantenere* il cognome originariamente attribuitogli ove questo sia ormai da ritenersi autonomo segno distintivo della sua identità personale» (nostro il c.vo).

²⁴ Intervento che, anche secondo autorevole dottrina, sarebbe (stato) comunque più in grado di ben ponderare gli interessi in gioco: cfr. A. RUGGERI, *Unità della famiglia*, cit., 116, per il quale «La vicenda del cognome dei figli, [...] una volta di più avvalorata l'idea secondo cui non può, ad ogni buon conto, farsi a meno dell'intervento del legislatore al fine di aversi un congruo appagamento degli interessi in gioco [...]. L'intervento del legislatore giova, peraltro, non soltanto alla ricerca di un accettabile assetto degli interessi in gioco ma anche al fine del riequilibrio istituzionale, specificamente per ciò che attiene alla posizione del legislatore stesso e di quella dei giudici [...]. La “supplenza” – come si è soliti chiamarla – cui i giudici sono frequentemente chiamati non giova all'ordinato, lineare esercizio della giurisdizione».

²⁵ Come pure è stato recentissimamente fatto, se sol si considera che spesso è la Corte a “decidere” (e talvolta forse impropriamente, come abbiamo visto) *cosa* sia un “diritto fondamentale” e *quando* questo legittima un intervento della Corte. V'è chi ha parlato, a proposito, di un “*uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*” da parte della Consulta [A. RUGGERI, [La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore. Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021](#)], in questa [Rivista 2021/I](#)], in relazione alle tecniche di procreazione medicalmente assistita recentemente oggetto di scrutinio costituzionale. Infatti, nelle [pronunce nn. 32 e 33 del 2021](#), la Corte accoglie l'eccezione di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa pur in presenza di una conclamata e riconosciuta violazione di un diritto fondamentale del minore (in sintesi: il diritto alla genitorialità), precisando che «al riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore, che ha pieno riscontro nei richiamati principi costituzionali, questa Corte ritiene di non poter *ora* porre rimedio. Serve, ancora una volta, attirare su questa materia eticamente sensibile l'attenzione del legislatore» (par. 2.4.1.4. *Cons. dir.* della [sent. n. 32/2021](#); mio il corsivo). Quindi assistiamo al paradosso per cui il diritto al cognome materno viene considerato come “fondamentale”, legittimando così l'intervento della Corte anche oltre la discrezionalità legislativa (dopo, va riconosciuto, un'inerzia più che trentennale); il diritto alla genitorialità (a mio avviso di gran lunga più “fondamentale”...) invece, ancorché riconosciuto come “diritto fondamentale”, non consente comunque alla Corte di poter intervenire (sebbene la Corte precisi che “ora” l'intervento non è possibile, lasciando intendere che in futuro, in costanza di inerzia legislativa, la q.l.c. potrebbe trovare accoglimento).

dei genitori nella trasmissione del cognome al figlio ma *solo nei casi in cui ciò sia corrispondente al superiore interesse del minore*. Mi sembra, insomma, discutibile appunto la prospettiva della Corte;

c) oppure ancora, ipotizzare un tipo di decisione “nuova” che tenga in conto le iniziative legislative allo stato giacenti in Parlamento (v. § successivo).

Circa i “vizi di prospettiva” di cui al punto *b)*, che potrebbero portare all’eterogenesi dei fini di cui si accennava sopra, si ribadisce che, in casi come questo, probabilmente non si dovrebbe mai discutere di un diritto *del genitore*. È, semmai, quello in questione, un diritto *del figlio* esercitato dal genitore, nell’“esclusivo interesse del figlio” medesimo. E ciò anche nel caso in cui il superiore interesse del figlio (ad esempio, a non essere identificato con un cognome “scomodo”, tanto del padre quanto, alternativamente, anche della madre) non coincida con il pur legittimo *desiderio* di uguaglianza dei genitori (perché è proprio la logica della riforma della filiazione del 2012: dinanzi ai *diritti* dei figli, quelli dei genitori sono al più delle aspirazioni, che possono trovare tutela e riconoscimento solo se compatibili con il superiore interesse del figlio²⁶; come già ricordato, sono inoltre, più che *diritti*, dei *doveri*²⁷).

In breve, al minore “non interessa” tanto che i genitori abbiano pari diritti nella trasmissione del loro cognome, ma “interessa” che dal cognome che viene “trasmesso” (*rectius*: attribuito) non derivi un pregiudizio alla propria identità personale in formazione (vedendosi attribuito, per esempio, il cognome di una nota famiglia criminale, che può essere indifferentemente tanto quella paterna che quella materna). Potrebbe obiettarsi che nulla esclude che il figlio, scontento dell’uguaglianza riconosciuta sul cognome della madre, ne chieda – da maggiorenne – l’espunzione. Ma lo stesso rilievo potrebbe opporsi alle ragioni dell’[ord. n. 18/2021](#): nulla esclude che il figlio, divenuto maggiorenne, scontento dell’uguaglianza (non) riconosciuta sul cognome della madre, chieda gli venga aggiunto il cognome della madre. Ma allora non si giustificerebbe il bisogno di dichiarare oggi incostituzionale l’automatica attribuzione del solo patronimico...

È per questo che, come si diceva, ad essere incostituzionale non sembra tanto la violazione del principio di uguaglianza fra genitori nel mancato riconoscimento del *diritto* (come tale tecnicamente inesistente) dei genitori di poter determinare paritariamente il cognome dei figli. Ad essere incostituzionale è semplicemente l’*automatismo* con il quale viene attribuito il *solo* patronimico: in questo senso ad essere incostituzionale è la *regola* che si pone in contrasto con l’uguaglianza fra i genitori (in sé, scontata e ineccepibile). Del resto, è ormai consolidata la tendenza giurisprudenziale a dichiarare incostituzionali gli *automatismi* legislativi quando questi comprimono eccessivamente altri diritti/libertà [v. § successivo].

Il problema, però, è che la Corte si propone di andare ben oltre il superamento (auspicato e auspicabile) dell’automatismo. Infatti, la Corte – non a torto – osserva che il nodo irrisolto di fondo sta nel fatto che «la regola che impone l’acquisizione del solo cognome paterno dovrebbe essere ribadita in tutte le fattispecie in cui tale accordo manchi o, comunque, non sia stato legittimamente espresso; in questi casi, verosimilmente più frequenti, dovrebbe dunque essere riconfermata la prevalenza del cognome paterno, la cui *incompatibilità con il valore fondamentale dell’uguaglianza* è stata da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza di questa Corte» (mio il c.vo).

Ma probabilmente la Corte si propone, in questo caso, non tanto di *eliminare* un automatismo legislativo (cancellando la regola dell’automatica attribuzione del solo patronimico in presenza di una diversa concorde volontà dei genitori), quanto probabilmente di *sostituire* un automatismo legislativo

²⁶ Giova ricordare a questo punto il dispositivo del novellato art. 316 c.c., soprattutto ai commi 1-3: «1. Entrambi i genitori hanno *la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto* delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni *del figlio*. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore. 2. *In caso di contrasto su questioni di particolare importanza* ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei. 3. *Il giudice*, sentiti i genitori e disposto l’ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, *suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell’interesse del figlio e dell’unità familiare*. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare *l’interesse del figlio*».

²⁷ Si legga, a tal proposito, l’art. 147 c.c., rubricato proprio “Doveri verso i figli”.

(l'attribuzione del solo patronimico) ... con un altro automatismo legislativo (presumibilmente – ma sul punto v. il § successivo – l'attribuzione di *entrambi* i cognomi dei genitori, verosimilmente in ordine alfabetico). Se il primo *automatismo* è chiaramente incostituzionale, il secondo ovviamente no, ma resta la perplessità sul fatto che – non essendo l'unica soluzione praticabile – spetti alla Corte il potere di creare/inventare un *automatismo* del genere. Al solito, si dirà che nessuno impedisce, *poi*, al legislatore di intervenire con un'“altra” normativa costituzionalmente compatibile, ma è chiaro che sono ormai rotti gli argini che separano le funzioni della Corte da quelle del Parlamento.

4. Possibili scenari. Un nuovo modo di declinare il rapporto fra Corte costituzionale e legislatore?

Si condivida o meno quest'impostazione, ad ogni modo, la Corte si è pronunciata e non resta a questo punto che tentare di prefigurare gli scenari delineabili a partire dalla questione autosollevata. È francamente improbabile che la Corte dichiari infondata la q.l.c. che essa stessa ha sentito l'esigenza di sollevare innanzi a sé, confermando la legittimità dell'attuale sistema (e dunque, in definitiva, “smentendosi”).

Vi sarà quindi, con ogni probabilità, una sentenza di accoglimento. Ma di che tipo? E su quali norme ricadranno gli effetti, atteso che la regola del patronimico è riconosciuta dalla stessa Corte come una regola di “sistema” (lemma che per ben 6 volte appare nel testo dell'ord.), che pertanto involge molte più disposizioni del solo art. 262, comma 1, del codice civile?

Porsi questi interrogativi può essere utile per comprendere ancora meglio quale può essere la portata dell'intervento “di sistema” della Corte, e così saggiarne le implicazioni.

V'è chi ha ipotizzato una «doppia incostituzionalità parziale di tipo additivo»²⁸, prevedendo che la Corte dichiarerà incostituzionale l'art. 262, comma 1, del codice civile «nella parte in cui non consente, con l'accordo dei genitori, l'attribuzione al nato del solo cognome di uno dei due genitori (in specie, quello della madre), quanto nella parte in cui non prevede che, in assenza di tale accordo fra i genitori, il cognome della madre si trasmetta al figlio in aggiunta a quello del padre»²⁹. Tuttavia, è evidente che «anche in questo caso residuerebbero comunque taluni, tutt'altro che marginali, profili di assai spiccata delicatezza nella disciplina complessiva, in modo particolare per quanto concerne l'attribuzione del cognome in presenza di più figli nella stessa coppia, che renderebbero pur sempre necessario e urgente un intervento sistematico del legislatore»³⁰.

A mio avviso, tuttavia, al di là dei profili problematici testé evidenziati, temo che la Corte possa andare anche ben oltre. Anzi, *a questo punto*, che debba necessariamente (purtroppo) andare oltre.

Infatti, la prima soluzione si sarebbe potuta raggiungere semplicemente accogliendo la q.l.c. proposta dal Tribunale di Bolzano; la seconda soluzione, invece, sembrerebbe una evoluzione forse troppo minimale rispetto alle soluzioni normative acquisite con la [sent. n. 286 del 2016](#).

Se la Corte ritiene, infatti, di sollevare innanzi a sé una q.l.c. diversa, è proprio perché, da un lato, il *petitum* individuato dal rimettente è troppo circoscritto e merita di essere ampliato, atteso il carattere “sistematico” dell'intervento necessario, che presuppone la risoluzione «logicamente pregiudiziale e strumentale per definire le questioni» poste dall'originaria richiesta del giudice *a quo*; dall'altro lato, proprio perché la [sent. n. 286/2016](#) è vista oggi dalla Corte medesima come un ostacolo... a se stessa, come subito si preciserà.

Infatti, la Corte sente la necessità di ampliare il *petitum* perché riscontra un problema di “sistema” ancora irrisolto: essa denuncia, ora, che con la «perdurante vigenza del sistema che fa prevalere il cognome paterno, lo stesso meccanismo consensuale – che il rimettente vorrebbe estendere all'opzione del solo cognome materno – non porrebbe rimedio allo squilibrio e alla disparità tra i genitori» *tutte le volte* in cui l'accordo manchi, «posto che una di esse non ha bisogno dell'accordo

²⁸ M.N. BUGETTI - F.G. PIZZETTI, (*Quasi*) *al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico ai figli*, in *Fam. dir.*, n. 5/2021, 470.

²⁹ M.N. BUGETTI - F.G. PIZZETTI, *op. et loc. ult. cit.*

³⁰ M.N. BUGETTI - F.G. PIZZETTI, *op. et loc. ult. cit.*

per far prevalere il proprio cognome». Va sottolineato, infatti, che a partire dalla sentenza del 2016 è consentito ai coniugi, *soltanto in caso di accordo*, di poter trasmettere (*oltre* a quello paterno) *anche* il cognome materno. Qui, invece, la Corte afferma di dover andare “oltre” quanto stabilito nel 2016, in quanto i problemi di costituzionalità sono relativi proprio all’inciso “*in caso di accordo*” (che può mancare) e all’avverbio “*anche*” (che continua a tradire una prevalenza del patronimico, cui la Corte solo ora vuole definitivamente porre fine). È chiaro che la Corte non può “accontentarsi” di una soluzione circoscritta al mero art. 262 del codice civile, che riguarda il solo cognome del figlio nato fuori dal matrimonio contestualmente riconosciuto da entrambi i genitori³¹.

A questo punto, i giudici costituzionali hanno due alternative: o “inventarsi” radicalmente la nuova disciplina in tema di attribuzione del cognome, riscrivendola dunque *ex novo* (ancorché non ci siano “rime obbligate”); oppure far emergere la soluzione non solo dai modelli circolanti nello spazio giuridico europeo, ma anche tenendo conto delle iniziative legislative attualmente all’esame del Parlamento.

La tesi che qui sommessamente avanzo è che sarebbe opportuno che la Corte propenda per la seconda delle soluzioni ipotizzate.

Più nel dettaglio, è probabile – e auspicabile – che la Corte, in un’ottica di *dichiarata* leale collaborazione istituzionale³², e tenendo conto anche della prospettiva comparata³³, si inserisca così nelle scelte di fondo delineate, anche solo potenzialmente, dal legislatore, ove possibile prendendo a riferimento i contenuti di vari progetti e disegni di legge presentati alla Camera e al Senato, i quali, pur provenendo da diverse forze politiche (che sarebbero peraltro attualmente maggioritarie in Parlamento), cionondimeno registrano una significativa comunanza pratica di fondo³⁴. Naturalmente

³¹ Infatti, se l’intervento deve essere “sistematico”, non può non estendersi in via consequenziale anche alla medesima norma (che esprime la prevalenza del patronimico) anche in fattispecie diverse, quali per esempio, l’art. 299 c. 4 (cognome dell’adottato) (ma v. subito *infra*, nel testo, altre disposizioni analoghe). Pertanto, ritengo che l’intervento della Corte, date le premesse dell’autorimessione della q.l.c., non possa “accontentarsi” della sola doppia incostituzionalità parziale dell’art. 262 c.c.

³² Come si sa, la “leale collaborazione istituzionale” è addotta come tecnica giustificativa dell’intervento della Corte anche nel campo della discrezionalità del legislatore, ad es., nelle [ord. n. 207/2018](#) e [sent. n. 242/2019](#) (nel c.d. “caso Cappato”); nella [sent. n. 132/2020](#) in tema di diffamazione, in cui la Consulta afferma che «Considerato allora che vari progetti di legge in materia [...] risultano allo stato in corso di esame avanti alle Camere, questa Corte ritiene opportuno, in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni, rinviare la decisione delle questioni ora sottoposte a una successiva udienza, in modo da consentire al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali sopra illustrati»; da ultimo poi, in tema di ergastolo ostativo, la [sent. n. 97/2021](#) afferma che «esigenze di collaborazione istituzionale impongono a questa Corte di disporre, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale, il rinvio del giudizio [...] dando al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia». Sul punto, v. da ultimo il paragrafo intitolato «La tecnica decisoria del rinvio a nuova udienza, ispirata alla leale collaborazione istituzionale e motivata dalla limitatezza dei rimedi disponibili, quale strumento per preservare la discrezionalità delle scelte legislative e prevenire ulteriori applicazioni medio tempore delle norme indubbiamente» in Corte costituzionale, in [Giurisprudenza costituzionale dell’anno 2020](#), 13 maggio 2021, 312.

³³ Sinteticamente, senza entrare nel dettaglio della disciplina comparata dei diversi sistemi di attribuzione del cognome negli altri ordinamenti, basti rilevare che, almeno nei principali ordinamenti europei, si registrano «due differenti modelli: l’uno che accomuna nelle linee fondamentali, almeno in parte, Francia, Germania e Olanda ed attribuisce ai figli un solo cognome, denominato familiare, scelto tra quello dei genitori; l’altro, come in Spagna, che assegna ai figli entrambi i cognomi e disciplina la scelta dell’unico da tramandare alle successive generazioni» (come notano M.N. BUGETTI - F.G. PIZZETTI, *Quasi al capolinea*, cit., 557). Per approfondimenti, v. R. PELEGGI, *Il cognome dei figli: esperienze statali a confronto*, in A. Fabricotti (a cura di), *Il diritto al cognome materno. Profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell’Unione europea, comparato ed internazionale privato*, Napoli, Jovene, 2017, 115 ss.

³⁴ Solo in questa (18^a) legislatura, sono stati presentati gli atti: [S.2102](#), Sen. P. Binetti (FIBP-UDC) e altri; [C.2129](#), On. A. Schirò (PD) e altri; [S.1025](#) Sen. A. Maiorino (M5S) e altri; [C.1265](#), On. F. Dadone (M5S) e altri; [S.286](#), Sen. J. Unterberger (Aut (SVP-PATT, UV)); [S.170](#), Sen. L. Garavini (PD) e altri; [C.230](#), On. R. Gebhard (Misto) e altri; [C.106](#), On. L. Boldrini (Misto) e altri. Ovviamente, non è possibile in questa sede esaminare il contenuto di ogni iniziativa legislativa; basti osservare però che tutte recano, con qualche variazione, “disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli”, e che in ciascuna di queste si vuole definitivamente superare – ed in ciò sta la “comunanza di fondo” – la prevalenza del patronimico.

non si ignorano i problemi che quest'operazione di "sintonia" con il Parlamento potrebbe generare³⁵. Tuttavia, i vantaggi mi sembrano maggiori dei rischi per il "sistema" costituzionale. In fondo, la Consulta si limiterebbe a colmare una lacuna di fronte alla reiterata inerzia del Parlamento, *senza però contrapporsi in modo tranchant ad esso*. Per altro, certo non sarebbe precluso alle Camere di intervenire in seguito con soluzioni alternative purché costituzionalmente conformi.

Dunque, posto che la Corte si propone di esaminare l'intero sistema di attribuzione del cognome ai figli e auspicando che la stessa tenga conto delle succitate iniziative parlamentari, allora non è peregrino ipotizzare un intervento molto ampio, in cui statuire:

- che per i figli nati nel matrimonio, i genitori debbano stabilire un condiviso cognome familiare (così come del resto già avviene per le parti di un'unione civile³⁶), dichiarando dunque l'incostituzionalità in via consequenziale (rispetto all'incostituzionalità dell'art. 262 del codice civile, di cui subito *infra*, quale oggetto della q.l.c. autosollevata), ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87:

- dell'art. 143-*bis* del codice civile, nella parte in cui prevede che la moglie "debba" e non "possa" aggiungere al proprio cognome quello del marito³⁷;

- dell'art. 144 del codice civile, nella parte in cui non prevede che i coniugi debbano concordare, oltre all'indirizzo della vita familiare, anche il cognome familiare, lasciando la possibilità di intervento del giudice in caso di disaccordo ex art. 145 del codice civile (seguendo quindi lo schema previsto in tema di unioni civili); oppure, la Corte dichiarerà incostituzionale sempre l'art. 144 del codice civile nella parte in cui non prevede che i coniugi possano attribuire al figlio "il cognome di uno o di entrambi i genitori, affiancati secondo l'ordine scelto da questi ultimi di comune accordo, per un massimo di un cognome per genitore"; e che, in assenza di accordo, "l'ufficiale dello stato civile attribuisca al figlio i cognomi di entrambi i genitori in ordine alfabetico" (secondo lo schema – e le parole – degli atti di iniziativa legislativa, in particolare, in questo caso, del d.d.l. 1205);

- dell'art. 156-*bis* del codice civile (a questo punto inutile), seccamente caducato;

- che per i figli nati fuori dal matrimonio, l'art. 262 del codice civile è incostituzionale nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere (*rectius*: veder attribuito) al figlio, al momento della nascita, il cognome prescelto (solo il cognome materno, solo quello paterno, o di entrambi i genitori e nell'ordine prescelto), ma solo e automaticamente quello paterno; prevedendo coerentemente, in caso di disaccordo, una delle soluzioni sopra offerte (intervento del giudice oppure attribuzione in ordine alfabetico da parte dell'ufficiale di stato civile), operando dunque un rinvio al "nuovo" art. 144 del codice civile;

³⁵ Potrebbe infatti obiettarsi che se il legislatore avesse voluto portare a compimento l'*iter*, lo avrebbe fatto e che inoltre, trattandosi di mere proposte di legge, non si può sapere quale sarebbe stato il loro contenuto definitivo, qualora fossero riuscite ad arrivare all'approvazione finale. Né si può ignorare che, proprio perché le proposte sono molteplici, la Corte dovrebbe operare una *selezione*, necessariamente discrezionale, tra diversi contenuti: in questa prospettiva, la scelta della Consulta potrebbe non giovare alla sua legittimazione, ma piuttosto esporla al rischio opposto di delegittimazione, esponendo la Corte a una scelta che – pur conforme a Costituzione – può *sembrare* "di parte". Tuttavia, quello che propongo è semplicemente che – *in via di fatto* (non certo in sede di argomentazione/motivazione giuridica della pronuncia) – la Corte tenga conto delle proposte di legge presentate, le quali sono già utili e positivi indici della evoluzione della "coscienza sociale".

³⁶ L'art. 1, comma 10, della legge n. 76 del 2016 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*) prevede che «Mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi. La parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile». Tuttavia, anche la disciplina del cognome nelle unioni civili ha riscontrato alcuni problemi dal punto di vista applicativo, conducendo alla [sent. n. 212/2018](#). Sul punto, cfr. A. LORENZETTI, *La Corte costituzionale decide sul cognome comune delle persone unite civilmente: legittima la disciplina transitoria che intende il cognome comune come mero nome d'uso*, in [Diritti Comparati.net](#), 29 novembre 2018; R. GELLI, *Il cognome nelle unioni civili: la Consulta avalla il ripensamento del legislatore*, in *Fam. dir.*, n. 6/2019, 561 ss.

³⁷ È chiaro che qui si tratta di una norma dove il superiore interesse del minore non viene in gioco. Tuttavia – trattandosi di una fattispecie in cui la prevalenza del cognome dell'uomo (in questo caso non come cognome "paterno" ma "maritale") tradisce un "retaggio patriarcale" della concezione della famiglia – è probabile che la Corte, a questo punto, estenda la sua pronuncia anche a questa fattispecie.

- per l'adottato, che l'art. 299 del codice civile è, in via consequenziale, incostituzionale nella parte in cui non consente ai coniugi, in caso di adozione compiuta da entrambi, di attribuire, di comune accordo, il cognome prescelto al momento dell'adozione;
- e, in generale, come statuizione "di chiusura", l'illegittimità costituzionale (sempre in via consequenziale) della norma desumibile dagli artt. 237, 262 e 299 del codice civile; 72, primo comma, del regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238 (*Ordinamento dello stato civile*); e 33 e 34 del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127), nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, il cognome prescelto (n.b.: non "anche il cognome materno", come invece statuì la [sent. n. 286/2016](#)); in caso di disaccordo, valgono le considerazioni di cui sopra;
- infine, quale necessaria disciplina transitoria, che gli effetti della decisione valgano solo per il futuro e che, per le famiglie in cui ci siano più fratelli di minore età, la possibilità di mutare, anche per loro, il cognome già acquisito sia consentita (ad es.) sentito il giudice appositamente nominato dal Presidente del Tribunale e secondo il suo prudente apprezzamento, garantendo in ogni caso che più fratelli germani abbiano sempre lo stesso cognome (o gli stessi cognomi), a tutela del principio dell'unità familiare di cui all'art. 29 Cost³⁸.

Solo così, forse, sarà possibile "far quadrare il cerchio". Del resto, difficilmente si può ipotizzare un intervento più circoscritto, se quest'ultimo deve essere "di sistema" e se davvero si vuole abbandonare il *retaggio patriarcale* della regola del patronimico.

Se e nella misura in cui, però, la Corte tenti espressamente di ispirarsi ai modelli delineati dalle iniziative legislative attualmente giacenti in Parlamento, potrebbero tuttavia scorgersi, quantomeno, alcuni elementi positivi nell'ordinanza che qui si commenta. Infatti – considerato che l'ampio "interventismo" della Consulta è già di per sé problematico in relazione alla (tradizionalmente intangibile, ma ormai spesso superata)³⁹ sfera di discrezionalità del legislatore – sarebbe ancor più problematico e discutibile discostarsi troppo dalla volontà politica manifestata (seppur ancora allo stato "embrionale") dal Parlamento attraverso i progetti di legge giacenti in materia.

Potrebbe così immaginarsi un nuovo e singolare ruolo della Consulta, di fronte alla prolungata *inerzia* legislativa: quello di "catalizzatore" finale dell'*iniziativa* legislativa (soprattutto in tema di garanzia dei diritti fondamentali), spesso paralizzata o abortita a causa dei notissimi problemi strutturali relativi al processo di produzione delle leggi. Del resto, non sempre "inerzia" vuol dire "colpevole indifferenza" (decidere di non decidere).

Se così fosse, e se la Corte dicesse *apertis verbis*, nella motivazione, di essersi ispirata o quantomeno di aver tenuto in debito conto tutte le iniziative legislative summenzionate, allora un suo intervento – ancorché necessariamente e ampiamente manipolativo – potrebbe avere minori problemi di legittimazione politica: sarebbe una *culpa* (ancora più) *felix*⁴⁰. E si porrebbe così un ulteriore limite al creazionismo giurisprudenziale (che di recente vede sempre più protagonista anche il Giudice delle Leggi), ancorandolo alla volontà politica per come manifestata (ancorché solo in potenza) dal

³⁸ È evidente, infatti, che in una famiglia i cui figli degli stessi genitori abbiano cognomi fra loro diversi, potrebbe essere compromesso il valore dell'unità familiare, che pure ha rango costituzionale, nella misura in cui il cognome svolge *anche* una funzione di identificazione del singolo nella formazione sociale "famiglia", normalmente contraddistinta da un unico cognome.

³⁹ Di questa recente tendenza evolutiva, in atto almeno dal 2015, ne danno conto – solo per citare (alcuni) contributi più recenti – in una prospettiva sistematica, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento nella giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna, 2020; C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Editoriale Scientifica, 2020; e, ancor più di recente, cfr. almeno M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?*, in [Federalismi.it](#), n. 3/2021, 59 ss.; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in [Federalismi.it](#), n. 3/2021, 94 ss.; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in [Federalismi.it](#), n. 12/2021, 224 ss.

⁴⁰ Il riferimento è a G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, UTET, 1994, 32.

Parlamento, smorzando così ogni possibile critica di “suprematismo giudiziario”⁴¹. Sarebbe, anzi, una pronuncia che si inserisce nel solco «della naturale evoluzione del diritto costituzionale vivente nello Stato costituzionale contemporaneo, che sempre più, piaccia o no, appare uno Stato giurisdizionale, non solo nei Paesi di common law»⁴².

Paradossalmente – e forse arditamente – potremmo qualificare questo nuovo tipo di pronuncia come una *sentenza monito inversa*, dove è la Corte a farsi interprete del “monito” (*rectius*: di una sorta di implicita richiesta d’aiuto) del legislatore, che non riesce a superare la propria inerzia, ma che comunque non è indifferente rispetto ai temi scrutinati e alle soluzioni proposte.

Certo, non va taciuto che l’intervento della Corte a correzione dell’inerzia del legislatore è pur sempre una patologia⁴³ (nota e risalente)⁴⁴ cui bisognerebbe presto porre rimedio, tollerabile solo in situazioni “eccezionali” (per l’appunto, solo in tema di *autentici* diritti fondamentali): è forse questo il senso dell’affermazione dell’[ord. n. 18/2021](#), quando la Corte dichiara (richiamandosi alla celebre [sent. n. 242 del 2019](#) relativa al c.d. “caso Cappato”) che «ancorché siano legittimamente prospettabili soluzioni normative differenziate, l’esame di queste specifiche istanze di tutela costituzionale, attinenti a diritti fondamentali, non può essere pretermesso, poiché “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”».

Un’adeguata motivazione della sentenza in cui la Corte dica di aver tenuto conto e sviluppato le proposte di iniziativa legislativa in materia, gioverebbe in generale alla legittimazione politica della Corte. Essa si presenterebbe così non come “legislatrice” soverchiante il Parlamento, e neppure come co-legislatore⁴⁵, ma, in modo un po’ più prudente, come “maieutica levatrice” della volontà legislativa di quest’ultimo, portata a compimento.

Nulla esclude, peraltro, che la Corte pervenga a una soluzione ancor più “semplice”, ancorché bifasica: 1) correggere l’automatismo dell’art. 262 con una sentenza sostitutiva (nella parte in cui prevede l’attribuzione, in mancanza di accordo, del solo cognome paterno anziché di entrambi i cognomi); 2) intervenire, di conseguenza, sulla q.l.c. sollevata dal Tribunale di Bolzano aggiungendo (additiva semplice) la facoltà di attribuire – mediante accordo – il solo cognome materno.

5. Profili processuali. Brevi cenni.

Queste ultime considerazioni inducono a vedere l’[ord. n. 18/2021](#) anche al di là delle questioni sostanziali sottoposte al giudizio di costituzionalità. Infatti, i profili processuali e le tecniche decisorie qui adottate dalla Corte costituzionale, di per sé, pongono interrogativi che meriterebbero oggetto di

⁴¹ Cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, 251 ss.; e, da ultimo, ID, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in [Federalismi.it](#), n. 12/2021, 170 ss. V. anche, per completezza, le repliche al primo saggio almeno di R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, e di E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, entrambe su *Quad. cost.*, n. 4/2019, rispettivamente alle 757 ss. e 777 ss.

⁴² A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2019, 26 novembre 2019, 166.

⁴³ Cfr. L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi*, cit., 251, che parla proprio di «natura patologica delle recenti decisioni costituzionali che allentano il vincolo delle rime obbligate».

⁴⁴ Cfr. D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 64, che nota come «la “crisi” del legislatore che tanto influenza l’attività della Corte è un elemento presente sin dall’inizio», prendendo atto che «i timori manifestati dalla dottrina nei confronti di alcune decisioni ritenute, per esempio, non rispettose della discrezionalità politica o del processo costituzionale, vengono ripetuti identici a distanza di anni».

⁴⁵ Ha parlato di “sentenze di colegislazione” M. PANEBIANCO, *Il seguito dall’ordinanza super monitoria della Corte costituzionale n. 207 del 2018: la sentenza di colegislazione n. 242 del 2019*, in [Nomos](#), n. 1/2020. In tema, v.. però, in generale, già le relazioni di F. Modugno e G. Zagrebelsky in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Mulino, 1982.

specifico e approfondito esame⁴⁶. Profili che, in definitiva, attengono al generale problema dei poteri della Corte costituzionale e della loro estensione, in riferimento soprattutto al rapporto con la discrezionalità del legislatore e dell'inerzia di cui sempre più spesso questi è prigioniero.

A tali questioni, qui si può solo farvi cenno, rimandando ad un momento successivo un'analisi più approfondita, magari dopo che il giudizio costituzionale che ha portato all'[ord. n. 18/2021](#) si sarà concluso.

Brevemente, in prima battuta, si può subito notare che (come già anticipato) la Corte avrebbe potuto accogliere la q.l.c. come prospettata dal Tribunale di Bolzano, assolvendo così il suo compito di «rendere giustizia costituzionale»⁴⁷. Invece, essa è andata anche oltre, sollevando innanzi a sé una q.l.c. che non pochi interrogativi pone in relazione alla sua *rilevanza*, nonché, a monte, al correlato principio di *corrispondenza fra chiesto* (dal giudice rimettente) e *pronunciato* (dalla Corte medesima).

Da quest'ultimo punto di vista, emerge un forte paradosso.

Ancorché la Corte, nella veste di giudice *a quo*, realizzi di per sé un'*eccezione* al principio in parola⁴⁸, cionondimeno, nel caso di specie, si è andati – almeno a mio giudizio – ben oltre l'*eccezione*, realizzandosi un vero e proprio paradosso logico-argomentativo, quando non una vera e propria contraddizione. Infatti, da un lato, la Corte dichiara non fondata «l'*eccezione* di inammissibilità sollevata dalla difesa dello Stato per il *carattere manipolativo* dell'intervento richiesto a questa Corte», visto che «il *petitum* del rimettente è *circoscritto* [...], dunque il giudice *a quo* chiede l'aggiunta di una specifica ipotesi derogatoria, *ritenuta costituzionalmente imposta*, volta a riconoscere il paritario rilievo dei genitori nella trasmissione del cognome al figlio»⁴⁹. Dall'altro lato, la Corte va appunto ben oltre, ampliando il *petitum*, dichiarando che «le questioni sollevate dal giudice *a quo* [...] sono strettamente connesse alla più ampia questione che ha ad oggetto la generale disciplina dell'automatica attribuzione del cognome paterno» e che, «alla luce del rapporto di presupposizione e di continenza tra la *questione specifica* dedotta dal giudice *a quo* e quella nascente dai dubbi di legittimità costituzionale ora indicati, la risoluzione della questione [...] si configura come logicamente pregiudiziale e strumentale per definire le questioni sollevate dal giudice *a quo*», ribadendo che «il modo in cui occasionalmente sono poste le questioni incidentali di legittimità costituzionale non può impedire al giudice delle leggi l'*esame pieno del sistema* nel quale le norme denunciate sono inserite» (miei tutti i corsivi).

A questo punto ci si chiede: se l'ammissibilità della q.l.c. si fonda sul carattere *circoscritto* del *petitum*, e dunque sul carattere non eccessivamente manipolativo dell'intervento richiesto, il conseguente ampliamento del *petitum* medesimo, operato proprio dalla Corte e teso addirittura all'*esame pieno del sistema*, non dovrebbe di conseguenza essere di per sé inammissibile?

Anche in questo caso, come in altri, il canone dell'*incidentalità*⁵⁰ sembra in crisi: difficilmente si può, almeno in relazione alla fattispecie in esame, continuare ancora ad affermare che «nel

⁴⁶ Cfr. G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), n. 11/2021, 161 ss.

⁴⁷ Il riferimento è a G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), n. 4/2020; analoghe considerazioni già in ID., *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo* (in *Storia d'Italia, Annali*, vol. 14, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998), ora in ID., *Le garanzie della Repubblica*, Torino, Giappichelli, 2009, 127 ss.; v. anche M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2015, 1 ss.; ID., *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, 662; ID., *Oltre le "rime obbligate"?* cit., 55.

⁴⁸ A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, cit., 274-275.

⁴⁹ (Nostro il c.vo). Non ci sono, insomma, le condizioni che sembravano giustificare invece l'inammissibilità nella [sent. 61/2006](#): «l'intervento che si invoca con la ordinanza di rimessione richiede una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte. Ed infatti, nonostante l'attenzione prestata dal collegio rimettente a circoscrivere il *petitum* [...] viene comunque lasciata aperta tutta una serie di opzioni ecc.».

⁵⁰ Cfr., sul tema, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

“miscuglio” fra astrattezza e concretezza, il procedimento in via d’eccezione rimarca particolarmente i tratti riportabili a questo secondo polo»⁵¹. Se quest’affermazione giustamente enuncia la regola, è evidente che le eccezioni cominciano ad essere numerose e rumorose. In questo caso, il giudizio sembra molto più *astratto* che *concreto*⁵². Non v’è chi non veda, infatti, come *questo* processo (quello svoltosi dinanzi al Tribunale di Bolzano) sia stato solo l’*occasione* per giudicare della costituzionalità non di una “norma”, ma di un intero “sistema normativo” di settore: proprio ciò che, però, non dovrebbe accadere⁵³. Difatti, nel giudizio principale, i genitori erano *già* d’accordo nel trasmettere il solo cognome materno (eventualità allo stato impedita dell’art. 262 del codice civile, per questo indubbiato di incostituzionalità); la Corte invece vuole andare oltre, preoccupandosi *astrattamente* di tutti i casi in cui l’accordo manchi. Siamo pertanto sicuri che la Corte, come afferma essa stessa nel dispositivo, «non può esimersi, *ai fini della definizione del presente giudizio*, dal risolvere pregiudizialmente le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 262, primo comma, cod. civ.»?

Più di un dubbio permane, anche in relazione all’asserita *pregiudizialità logica*⁵⁴.

A mio avviso, almeno in linea di principio, difetta qui dunque il requisito della rilevanza come condizione (cui anche la Corte come giudice *a quo* dovrebbe attenersi) per poter sollevare q.l.c., in particolare della «rilevanza in senso stretto o *influenza*»⁵⁵. Di talché la Corte avrebbe dovuto, per astratto rigore, ritenere inammissibile la questione autosollevata⁵⁶. Basti guardare la lettera dell’art. 23, comma 2, l. n. 87/1953: il giudice *a quo* (in questo caso la Corte stessa) può emanare ordinanza di rinvio solo «qualora il giudizio non potrà essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale». Insomma, a stare alla lettera del citato art. 23, *qui* il giudizio poteva benissimo essere definito “senza” la risoluzione della più generale q.l.c. autosollevata dalla Corte.

Peraltro, è stato notato in dottrina come «la Corte ha infine riconosciuto a se stessa il titolo di giudice *a quo* [...] nei giudizi sulle leggi in via incidentale, *a condizione che dubiti di norma diversa da quella sottoposta al suo giudizio*, che debba applicare nell’iter logico che consente di pervenire alla decisione»⁵⁷. Ma qui, invece, a voler essere pedanti, la norma è identica: è sempre l’art. 262 del codice civile

⁵¹ A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, cit., 228.

⁵² Il tema dell’astrattezza nel giudizio incidentale di costituzionalità, specie quando sono coinvolti diritti fondamentali, è affrontato sistematicamente, in prospettiva comparata, da C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il preenfacemento constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali “astratte” in Italia*, Torino, Giappichelli, 2018. Cfr. anche G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

⁵³ A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, cit., 243: «Nel nostro Paese, in passato è stata sostenuta la possibilità di un’iniziativa del giudice *a quo* slegata dal processo in corso, come se fosse una mera occasione per un giudizio costituzionale “astratto”. Ma l’evidente “incidentalità” del giudizio costituzionale (l. cost. n. 1/1948, che dava attuazione all’art. 137, I c., Cost.) e la stessa giurisprudenza costituzionale (con nettezza, [ord. nn. 130/1971](#) e, poi, [130/1997](#) e [130/1998](#)), hanno demolito la suaccennata tesi – che potrebbe ironicamente essere definita dell’*irrelevanza della rilevanza* – contraddicendo essa la logica intrinseca del sistema».

⁵⁴ In questo senso, cfr. G. MONACO, *Una nuova ordinanza di “autorimessione”*, cit., 166-167, il quale nota che «nel caso di specie le due questioni, come detto, sono sicuramente connesse, ma non sembra che si possa parlare di vera e propria pregiudizialità, nel senso che la soluzione della questione sollevata dalla Corte sia indispensabile per decidere il giudizio di cui era precedentemente investita».

⁵⁵ A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, cit., 248; non si può non notare che se i genitori erano *già* d’accordo nel voler trasmettere il solo cognome materno, il giudizio reso dalla Corte a seguito dell’esame di *tutti i casi in cui l’accordo manchi* non solo è irrilevante per la coppia di genitori ricorrenti: *per loro*, la pronuncia della Corte rischia di essere radicalmente *inutile*.

⁵⁶ Ma è ovvio che così non potrà essere: infatti, ove l’autorimessione fosse inammissibile, probabilmente la Corte non l’avrebbe promossa affatto.

⁵⁷ A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, cit., 230. Si potrebbe osservare che, sebbene la “disposizione” in questo caso sia la medesima (l’art. 262 del codice civile), siano diverse la “norma” impugnata dal giudice *a quo* (nella parte in cui “non consente ai genitori, *di comune accordo*, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, il solo cognome materno”) e la “norma” impugnata dalla Corte in sede di autorimessione (nella parte in cui, “*in mancanza di diverso accordo* dei genitori, impone l’acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori”). E ciò perché il “quadro normativo” che ne scaturirebbe dall’accoglimento della prima q.l.c.

Per di più, sempre in tema di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, ciò che è valido per le parti del giudizio principale, non sembra più valido quando la Corte diviene remittente, dinanzi a se stessa, nel giudizio di costituzionalità autopromosso, se sol si considera che «secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l'oggetto del giudizio di costituzionalità in via incidentale è limitato alle norme e ai parametri indicati nelle ordinanze di remessione, mentre non possono essere presi in considerazione, oltre i limiti in queste fissati, ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti [...] che siano diretti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze (*ex plurimis*, [sentt. n. 35 del 2017](#), [n. 203 del 2016](#), [n. 56 del 2015](#), [n. 271 del 2011](#) e [n. 86 del 2008](#))»⁵⁸. In sostanza, com'è stato notato, «non si tratta più di allargare il giudizio per includere una norma la cui applicazione è pregiudiziale rispetto a quella contestata nel giudizio *a quo*, nei limiti in cui ciò è necessario per evitare che la Corte sia costretta a fare applicazione di una norma illegittima; si tratta piuttosto di eliminare un principio generale, perché legato a una concezione patriarcale della famiglia, ormai superata e incoerente col principio di uguaglianza tra genitori e tra uomo e donna, senza però che tale eliminazione sia indispensabile per dare risposta al caso concreto da cui ha avuto origine il giudizio di costituzionalità»⁵⁹.

In definitiva, mi sembra che la Corte abbia utilizzato, in questo caso, lo strumento dell'autorimessione come semplice *passe-partout* per eliminare norme incostituzionali. Il fine è ottimo, ma lo strumento usato sembra opinabile. Più di qualche dubbio si potrebbe a questo punto nutrire sull'uso "indiscriminato" della tecnica processuale impiegata, temendo che questo possa costituire un pericoloso precedente che legittimi in futuro la Corte ad un interventismo sempre più ampio e dagli esiti imprevedibili. Il problema che si pone, allora, è di carattere più generale e riguarda i rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (tema, questo, enormemente complesso e, come s'è detto, impossibile da affrontare compiutamente in questa sede). Nel 2016, infatti, la Corte si attenne rigorosamente al *petitum* del rimettente, confidando in un intervento del legislatore che regolasse compiutamente la materia rimuovendo i residui di prevalenza del patronimico (che nel 2016 persistevano anche dopo la [sent. n. 286](#), con la quale la Corte... "non poteva fare di più"); rigore che, unito alla perdurante inerzia del legislatore, ha condotto poi alla presente ordinanza, in cui è la Corte ad assumere su di sé la responsabilità di un intervento sistematico in tal senso. A questo punto – pur ammettendo che «l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore»⁶⁰ – possiamo tuttavia arrivare ad affermare che l'esigenza di garantire la legalità costituzionale prevalga anche sulle regole del processo costituzionale? La *legalità costituzionale* non si nutre anche proprio di tali regole?

6. Conclusioni provvisorie.

Gli scenari che apre l'[ord. n. 18/2021](#) (al di là delle condivisibili "conquiste" sul piano della parità fra uomo e donna e di un salutare abbandono di ogni retaggio patriarcale ancor'oggi presente) non sono, da questo punto di vista, rassicuranti.

sarebbe comunque incostituzionale. Per questa ragione la Corte solleverebbe un'altra questione, che ingloba quella sollevata dal giudice *a quo* sulla stessa disposizione, ma su un'altra norma da questa desumibile (relativa alla presenza o meno dell'accordo genitoriale). Ma forse, a conti fatti, la vera norma è una sola: la prevalenza del patronimico, che finalmente la Corte vuole dichiarare incostituzionale alla radice, «in tutte le fattispecie in cui l'accordo [dei genitori] manchi». Sul tema della Corte cost. come giudice *a quo*, in generale, cfr. C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice "a quo"*, in *Giur. cost.*, 1960, 212 ss.; L. CARLASSARE, *Riflessioni sulla Corte costituzionale come giudice "a quo" e sui giudizi di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1980, 848; B. CARAVITA, *Appunti in tema di "Corte giudice a quo" (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 291 ss., in particolare 315 ss.

⁵⁸ Come nota, da ultimo, la stessa Corte cost. nella [sent. n. 35/2021](#).

⁵⁹ G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione"*, cit., 169.

⁶⁰ I riferimenti sul punto, operati dalla Corte nell'[ord. n. 18/2021](#) sono nella [sent. n. 242 del 2019](#) e, nello stesso senso, alle [sentt. n. 96 del 2015](#), [n. 162 del 2014](#) e [n. 113 del 2011](#).

La pronuncia può essere vista come il prototipo di una nuova tecnica processuale con cui, insieme ad altre nuove tecniche decisorie⁶¹, la Corte ha di recente iniziato a “combattere”, da un lato, l’inerzia del legislatore e, dall’altro, la tendenziale incostituzionalità degli automatismi legislativi, soprattutto in tema di diritti fondamentali (veri o presunti che siano), non solo nella materia penale, ma anche in quella civile.

La tesi, qui sostenuta e che dà il titolo al presente contributo, è che – analogamente a quanto accade nella materia penale, dove la Corte tende a sanzionare l’incostituzionalità degli automatismi legislativi che precludono al giudice l’esercizio di una sua *discrezionalità* nel giudizio concreto – anche nel campo del diritto civile alcuni automatismi possono essere incostituzionali, se precludono ai privati una *discrezionalità* nelle scelte attinenti ai loro fondamentali diritti di libertà.

In definitiva, senza con ciò ipotizzare un vero e proprio “diritto fondamentale” dei genitori a trasmettere il cognome, ciò che di incostituzionale c’è nel meccanismo di attribuzione del cognome... è proprio il *meccanismo*, cioè un’operatività *automatica* degli effetti della legge, che si vorrebbe invece sempre più elastica, in modo da consentire una valutazione, nei singoli casi, più *particolare e concreta*.

Qui, allora, probabilmente ad essere in crisi è proprio il contenuto normativo della *legge* nei suoi tradizionali attributi della *generalità* e *astrattezza*. E questo non è altro che il riflesso della crisi della politica, la quale non riesce più a svolgere il suo primario compito di selezione (*discrezionale*) degli interessi meritevoli di tutela per l’ordinamento giuridico, sulla base dei principi costituzionali che informano l’ordinamento stesso e rispetto ai quali dovrebbe esserci, come per fortuna pare in questo caso, un *idem sentire*, una positiva maturazione della *coscienza sociale*.

⁶¹ Ci si riferisce alle sentenze di c.d. *incostituzionalità prospettata*, occorse finora in almeno tre evenienze: nel c.d. caso Cappato ([ord. n. 207/2018](#) e [sent. n. 242/2019](#)), e in tema di diffamazione ([ord. n. 132/2020](#)) ed ergastolo ostativo ([ord. n. 97/2021](#)); pronunce, queste ultime, rispetto alle quali si hanno ancora solo le ordinanze che sospendono il giud. cost. e rinviando l’udienza di trattazione di un anno, invitando *medio tempore* il legislatore a intervenire (sullo schema, appunto, tracciato dal c.d. caso Cappato). Fra la corposa bibliografia, v. almeno, in generale, C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Per una nuova prospettiva di studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013; C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, cit. Nello specifico, poi, sui profili processuali del caso Cappato, v., *ex multis*, P. CARETTI, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l’esigenza di un intervento legislativo in materia di “fine vita”*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2020; M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale tra profili processuali, principi penali e dilemmi etici.*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 1/2020; M. DOGLIOTTI, *Il suicidio assistito e il difficile rapporto tra i poteri dello Stato*, in *Fam. dir.*, n. 3/2020, 232; E. FRONTONI, *La logica della “doppia pronuncia” nel caso “Cappato”*, in [Giustamm.it](#), n. 1/2020; E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziale*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 1/2020; C. MASCIOTTA, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*, in questa [Rivista](#), 2020/I, 64; F. PATERNITI, *La Corte “pedagogista” di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in [Federalismi.it](#), n. 34/2020; I. PELLIZZONE, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: ‘pars destruens’ e ‘pars construens’ delle pronunce della Corte Costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della ‘ratio decidendi’ del caso Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n.2/2020; 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*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 1/2020; A. RUGGERI, *La disciplina del suicidio assistito è “legge” (o, meglio, “sentenza-legge”), frutto di libera invenzione della Consulta. A margine di Corte cost. n. 242 del 2019*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 3/2019, 633. In tema di diffamazione, cfr. almeno 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 [Rivista AIC](#), n. 2020; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 3/2020; R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle “rime obbligate”: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Il Foro it.*, n. 9/2020, parte I, 2565; A. RUGGERI, [Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato](#), in questa [Rivista](#), 2020/II, 406.

Antonio D'Atena
Una modesta proposta di revisione statutaria:
la disciplina umbra e marchigiana della “vacatio legis”
(a proposito di manutenzione della Costituzione)*

ABSTRACT: *The paper proposes to amend the erroneous regulations contained in some ordinary regional statutes, which set the term of the vacatio legis by means of the formula "no earlier than the fifteenth day following the publication of the law". The Author brings this type of amendment back to the culture of "maintenance of the Constitution", which, in his opinion, should replace the syndrome of major constitutional reforms in our country.*

SOMMARIO: 1. Il non-termini di *vacatio* in alcuni statuti ordinari del 1971. – 2. La causa dell'errore: la riproduzione pedissequa dell'art. 127 Cost. (nella versione del 1948). – 3. La nuova stagione statutaria, dopo la riforma del tit. V Cost.: la respipiscenza del Lazio e la perseveranza delle Marche. – 4. Il singolare caso dell'Umbria: l'errore compare solo nel nuovo statuto. Proposta di rimuoverlo. Esigenza di procedere allo stesso modo per lo statuto delle Marche. – 5. Cenno alla cultura della “manutenzione della Costituzione”, che dovrebbe soppiantare la sindrome delle grandi riforme.

1. Il non-termini di vacatio in alcuni statuti ordinari del 1971.

Già in occasione della prima stagione statutaria – sviluppatasi tra il 1970 e il 1971 – si era segnalata l'infelicità della disciplina dettata dagli statuti delle Regioni [Lazio \(art. 31 u.c.\)](#) e [Marche \(art. 50\)](#) in materia di entrata in vigore delle leggi. Essi, a differenza di tutti gli altri, non fissavano un ordinario termine di *vacatio*, ma si limitavano a disporre che le leggi regionali entrassero in vigore “non prima del quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione”.

In conseguenza di tale disciplina – la quale affidava la decorrenza degli effetti degli atti legislativi a un non-termini – ogni legge regionale avrebbe dovuto fissare il momento della propria entrata in vigore. In difetto di ciò, un elemento così cruciale ai fini della certezza del diritto sarebbe rimasto nella totale indeterminatezza, poiché la dizione “non prima del quindicesimo giorno” indicava tutti i valori numerici superiori a quattordici. Il che, evidentemente, non poteva non riflettersi sulla condizione e sugli affidamenti dei destinatari delle disposizioni.

2. La causa dell'errore: la riproduzione pedissequa dell'art. 127 Cost. ([nella versione del 1948](#)).

Le cause dell'errore sono facilmente spiegabili. Le disposizioni statutarie appena citate, infatti, altro non avevano fatto che riprodurre la norma contenuta nella versione, allora vigente, del secondo comma dell'articolo 127 della Costituzione. Il quale disponeva: “La legge è promulgata nei dieci giorni dall'apposizione del visto ed entra in vigore non prima di quindici giorni dalla data della sua pubblicazione”, aggiungendo: “Se una legge è dichiarata urgente dal Consiglio regionale, e il Governo della Repubblica lo consente, la promulgazione e l'entrata in vigore non sono subordinate ai termini indicati”.

Nella Costituzione, tuttavia, la mancata fissazione del termine non era frutto di una svista, ma assolveva ad una precisa funzione. Essa si collegava alla disciplina contenuta nella versione allora vigente del primo comma dell'articolo 123, la quale (come, del resto, l'attuale) demandava allo statuto regionale la disciplina della “pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali”. L'indeterminatezza dell'articolo 127 era quindi rivolta ad aprire alle Regioni ordinarie spazi di

* Pubblicazione effettuata ai sensi dell'art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.

autonoma decisione: consentendo ai rispettivi statuti di fissare il termine ordinario di *vacatio*, purché nel rispetto del limite minimo di quindici giorni. Mantenere questa indeterminatezza nello statuto è stato, quindi, un errore, dovuto ad una lettura acritica del testo costituzionale.

3. La nuova stagione statutaria, dopo la riforma del tit. V Cost.: la resipiscenza del Lazio e la perseveranza delle Marche.

Alla luce di tutto ciò, si comprende perché la Regione Lazio, nello statuto adottato dopo la riforma del titolo quinto della Costituzione (legge statutaria 11 novembre 2004, n. 1), abbia abbandonato la precedente soluzione, stabilendo, sulla scia di quanto fa, per le leggi statali, l'articolo 73 della Costituzione (e analogamente alla generalità degli statuti regionali ordinari, vecchi e nuovi), che la legge regionale “entra in vigore il quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione, salvo che la legge stessa preveda un termine diverso” (articolo 39, terzo comma).

Quello che invece risulta incomprensibile (pigrizia, forse) è la ragione per la quale il nuovo statuto della Regione Marche (l. stat. 8.3.2005, n. 1) abbia mantenuto, per questa parte, una granitica coerenza con il passato. Esso, infatti, al secondo comma dell'articolo 33, in piena continuità con l'articolo 50 del vecchio statuto, prevede: “Le leggi regionali sono pubblicate nel Bollettino ufficiale della Regione subito dopo la loro promulgazione ed entrano in vigore non prima del quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione, salvo che le stesse leggi stabiliscano un termine diverso e, comunque, non prima del giorno successivo alla pubblicazione”.

4. Il singolare caso dell'Umbria: l'errore compare solo nel nuovo statuto. Proposta di rimuoverlo. Esigenza di procedere allo stesso modo per lo statuto delle Marche.

Ancora meno comprensibile, però, appare la situazione determinatasi in Umbria.

La Regione, infatti, sia nello statuto del 1971 (approvato con l. n. 344 di quell'anno), sia nello statuto organicamente riformato nel 1992 (la cui approvazione è stata effettuata dalla l. n. 44), conteneva discipline corrette, prevedendo che la legge regionale entrasse in vigore “il quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione” (art. 64 st. 1971) o “il quindicesimo giorno dalla pubblicazione” (art. 69 st. 1992).

Il [nuovo statuto](#) (l.r. 14.4.2005, n. 21), invece, stabilisce che la legge regionale “entra in vigore non prima di quindici giorni dalla sua pubblicazione, salvo che la legge stessa preveda un termine diverso” (articolo 38, primo comma).

È inutile dire che questa disciplina dà luogo a tutti gli inconvenienti che si sono segnalati a proposito dello statuto originario della Regione Lazio e di entrambi gli statuti della Regione Marche. In particolare, se la legge non prevede espressamente un termine di *vacatio* derogatorio rispetto a quello ordinario (secondo quanto consente il già citato articolo 38 primo comma), il momento della decorrenza dei suoi effetti resta avvolto nell'ombra: il 15° giorno, il 28°, il 51° ... ?

Da una rapida verifica da me effettuata, è emerso che, a parte il caso eccezionale di indicazione puntuale della data di entrata in vigore (ad es.: “la presente legge entra in vigore il 1° gennaio 2021”), le leggi regionali, frequentemente, stabiliscono che l'entrata in vigore avvenga il giorno successivo a quello della rispettiva pubblicazione nel *Bollettino Ufficiale*. Tuttavia, molte di esse non fanno uso della clausola derogatoria, astenendosi, quindi, dal fissare espressamente la data del proprio ingresso nell'ordinamento. Con riferimento a questi casi, la vigente disciplina statutaria manifesta tutti i suoi limiti. È, bensì, vero che, nella banca dati dell'Assemblea legislativa regionale, qualora la legge non contenga indicazioni espresse, si indica redazionalmente che l'efficacia della legge decorre nella data corrispondente al quindicesimo giorno successivo a quello della pubblicazione. Ma – com'è evidente – questa illazione è priva di sostegno nella disciplina statutaria: essendo assolutamente arbitrario assumere che “non prima di quindici giorni” equivalga a “quindici giorni”.

Per questa ragione, lo scorso 4 giugno, in occasione del seminario dal titolo “I cinquant’anni dello Statuto regionale. Resilienza o debolezza? Analisi e prospettive di riforma”, organizzato dalla Commissione speciale per le riforme statutarie e regolamentari del Consiglio regionale umbro, ho avanzato il suggerimento di ritoccare la disciplina vigente, per conferirle quella capacità prescrittiva che oggi le fa difetto.

Mi rendo conto – e l’ho detto in quell’occasione – che questa non è una riforma che susciti grandi emozioni politiche (non scalda i cuori): è una riforma modesta, come si dice nel titolo di questo pezzetto. Però, potendo rendere più semplice la vita dei cittadini, merita di essere proposta e presa in seria considerazione dai decisori politici. Tra l’altro, essendo una riforma “tecnica”, priva di implicazioni politiche, essa dovrebbe avere vita facile nell’Assemblea legislativa, raccogliendo un consenso pressoché unanime. È appena il caso di aggiungere che analogo emendamento sarebbe raccomandabile per lo statuto della Regione Marche, che – come si è visto – anche nella versione successiva alla riforma del titolo quinto mantiene la formulazione dello statuto del 1971 (pedissequamente riprodotto dell’originaria formulazione dell’art. 127 Cost.). Tra l’altro, nel concreto dell’esperienza, non manca il caso di leggi regionali che, non facendo uso della clausola derogatoria (in genere associata alla dichiarazione d’urgenza), omettono di indicare espressamente il momento della rispettiva entrata in vigore. Esse, quindi – come si è ripetutamente sottolineato in questo scritto –, compromettono la certezza del diritto, con riferimento al momento cruciale della decorrenza della propria efficacia. Anche questo emendamento, attesa la sua valenza esclusivamente tecnica, non dovrebbe incontrare obiezioni da parte dei membri del Consiglio regionale.

5. Cenno alla cultura della “manutenzione della Costituzione”, che dovrebbe soppiantare la sindrome delle grandi riforme.

Mi sia consentito aggiungere che questi sono esempi di quella “manutenzione della Costituzione” che vado predicando da anni. La quale, ovviamente, non comporta l’espulsione, dall’orizzonte della revisione costituzionale, di riforme radicali e politicamente impegnative, anche se – come ammonisce Alessandro Pace – omogenee, per non rendere meramente simbolico il significato del referendum approvativo. È, infatti, evidente che, in presenza di contenuti eterogenei non tenuti insieme da una matrice razionalmente unitaria – come purtroppo avviene nell’esperienza italiana – il referendum cui gli elettori sono chiamati (a quanto la Corte costituzionale ha chiarito per il referendum abrogativo) coarterebbe insopportabilmente la loro volontà, spingendoli ad una scelta di schieramento in larga misura indipendente dai contenuti, magari contraddittori, dell’atto che ne forma oggetto.

La cultura della “manutenzione” ha il merito di non ridurre gli interventi sulla Costituzione alle sole riforme epocali, palinogenetiche, all’insegna del principio: “o grande riforma o niente” (che tanti infelici precedenti vanta nella nostra esperienza recente). Essa, quindi, non impedisce che si proceda ai tanti aggiustamenti sui quali si sarebbe tutti d’accordo e che restano invariati per decenni, in attesa del grande appuntamento con la storia. Il che, nella migliore delle ipotesi, costringe la Corte costituzionale ad arditi interventi di ortopedia interpretativa.

Ovviamente, il tempo attuale, con un’emergenza sanitaria, economica e sociale che impegna allo spasimo tutte le energie, è il meno propizio per procedere ad una bonifica organica del testo costituzionale (bonifica – sia detto di passaggio – che la riforma del titolo quinto ha reso ineludibile). È, tuttavia, auspicabile che, superata questa fase, possa, anche da noi, attecchire l’atteggiamento pragmatico con cui, in altri Paesi europei, si affronta il tema della revisione costituzionale. Quell’atteggiamento, ad esempio, che induce la Svizzera a modificare la Costituzione federale per stabilire a chi spetti la disciplina dei sentieri e delle vie ciclabili oppure quella dell’inizio dell’anno scolastico, o che spinge la Germania a ricorrere alla revisione costituzionale per regolare il controllo sull’isolamento acustico delle abitazioni. Si tratta – si dirà – di interventi di non grande momento. Sono interventi, però, che servono a migliorare la vita dei cittadini: un obiettivo non disprezzabile, per chi è democraticamente chiamato a scrivere le regole della convivenza.

Simone Scagliarini
La tutela della *privacy* e dell'identità personale
nel quadro dell'evoluzione tecnologica* **

ABSTRACT: *The paper traces the genetic and permanent connection between technological progress and the two rights to personal identity and privacy, focusing on the current European and national legislation. In this context, two main aspects emerge: on the one hand, certain criticisms of the GDPR in the ordinary relationships between the data controller and the data subject and, on the other hand, a structural inadequacy of the regulatory act in the presence of big data and their algorithmic processing, especially by the big companies of internet, which have now assumed, thanks to the data they possess, a power that allows them to deal with sovereign states as their equal. To this end, the essay indicates some possible solutions, both de jure condito, such as the use of antitrust and consumer protection legislation, and de jure condendo, such as the implementation of art. 80 of the GDPR and the regulation proposals presented by the Commission as part of the European Data Strategy.*

SOMMARIO: 1. Premessa: due diritti a contenuto “tecnologicamente condizionato”. – 2. Privacy, identità ed evoluzione tecnologica: una rassegna diacronica. – 2.1. Dal *right to be let alone* all'autodeterminazione informativa (passando per la protezione dei dati). – 2.2. Dall'identità personale al diritto all'oblio (passando per l'identità digitale). – 3. Il contesto ordinamentale vigente: alcune premesse. – 3.1. Privacy e identità digitale nella normativa europea (ed integrativa nazionale). – 3.2. La (parziale) insufficienza della tutela a livello “micro” ... – 3.3. ... e la sua strutturale inefficacia a livello “macro”. – 4. Una (apparente) digressione: un problema culturale in tema di riservatezza. – 5. Tra presente e futuro: quale tutela nel mondo digitale? – 5.1. Un percorso *de jure condito*. – 5.2. Una proposta *de jure condendo*. – 5.3. Volgendo lo sguardo all'orizzonte. – 6. Nota conclusiva.

1. *Premessa: due diritti a contenuto “tecnologicamente condizionato”*

Risulta un dato ormai acquisito l'incidenza delle innovazioni tecnologiche, al pari di altri elementi “di contesto”, sull'evoluzione dei diritti di libertà, i quali, per tale via, acquisiscono nuovi e ulteriori significati a fronte del mutamento delle forme e delle modalità con cui il bisogno sottostante si manifesta¹.

Quando, tuttavia, volgiamo il discorso dal generale allo specifico delle due situazioni soggettive di cui andrò a trattare – ovvero l'identità personale e la *privacy*² – l'intensità della correlazione con lo sviluppo tecnologico, che rappresenta peraltro uno dei non pochi punti di contatto tra di esse³, assume un valore tutt'affatto particolare. I diritti in questione, infatti, presentano uno stretto legame con tale contesto, per cui è la stessa sfida dell'evoluzione tecnologica ad averne non solo

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

** *Lo scritto riprende il testo, rivisto e integrato, della relazione per il Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica, svoltosi nei giorni 18 e 19 giugno 2021 presso l'Università di Genova, la cui versione di sintesi è in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno stesso.*

¹ Sia sufficiente, per tutti, richiamare le parole di A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in ID. (cur.), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, XXVI, secondo cui «ad arricchire il quadro dei diritti, o meglio dei significati e delle modalità di tutela dei medesimi, concorrono [...] una pluralità di condizioni causali (esigenze della convivenza sociale, nuove cognizioni e possibilità tecnologiche, confronto di modelli culturali eterogenei) [...] che in qualche caso si alimentano e si intersecano vicendevolmente» (corsivo mio).

² Uso per ora, per semplicità espositiva, questo lemma come comprensivo tanto della riservatezza quanto della protezione dei dati personali e dell'autodeterminazione informativa, pur nella consapevolezza che i concetti non sono esattamente sovrapponibili; ritornerò sul punto *infra*, in particolare nota 34.

³ Giacché, come scrive G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, *Aggiornamento V*, 2010, 723 «indubbiamente riservatezza, protezione dei dati personali, identità personale [...] costituiscono le facce di un unico prisma».

gradualmente determinato l'emersione di nuovi profili ma anche, successivamente, condizionato lo sviluppo⁴. Di modo che, in buona sostanza, trattare di come l'innovazione ha inciso e tuttora incide su identità e privacy equivale a parlare della storia stessa di questi diritti ed a disegnarne gli attuali (ma quanto mai mobili) confini, individuando i tratti caratterizzanti che essi assumono oggi. Nella prima parte di questa indagine ritengo, perciò, necessario soffermarmi, seppure giocoforza brevemente, almeno sui passaggi più rilevanti (e in più di un caso davvero epocali) che segnano il percorso evolutivo seguito dalle situazioni soggettive *de quibus*, soprattutto per sottolineare la molteplicità di quei nuovi profili che, mercé le nuove tecnologie, esse hanno assunto, arricchendosi di facoltà prima sconosciute, ma pur sempre ad esse ascrivibili.

Ciò premesso, nell'incredibile ampiezza e nella pressoché sterminata varietà di impostazioni che un discorso su questi temi potrebbe assumere e delle prospettive che si potrebbero abbracciare, ritengo opportuno, dopo questa rassegna diacronica, soffermare l'attenzione su quella che mi pare una delle maggiori sfide che oggi si gioca sul tema dei dati personali.

Mi riferisco, in particolare, alla circostanza per cui, in questa era dell'economia digitale, ci troviamo di fronte ad un mercato dominato da soggetti privati, il cui potere, derivante dal possesso di enormi raccolte di informazioni note come *Big data*⁵ ed ancor più dalle operazioni di analisi che, attraverso algoritmi, su di esse si possono compiere, insidia l'esercizio stesso di prerogative statali⁶, ponendo a rischio, al contempo, la garanzia per molte, se non tutte, le libertà che il costituzionalismo ha consentito di affermare⁷. Di modo che la protezione dei dati e dell'identità digitale finisce, in questo contesto, per travalicare la tradizionale garanzia individuale ed assumere piuttosto una valenza universale.

La risposta che il legislatore, a partire da quello sovranazionale, ha fornito nell'attuale contesto per (tentare almeno di) offrire una tutela efficace alle situazioni soggettive in esame, che cercherò di analizzare – di nuovo, necessariamente, per cenni esemplificativi – in seguito, presenta indubbiamente pregi, ma anche non poche e non trascurabili criticità, derivanti da una inadeguatezza strutturale del quadro regolatorio vigente al cospetto della problematica segnalata. Ed è alla luce di questo contesto che intendo provare a suggerire una prospettiva di lettura, a mio avviso non ancora così diffusa, che evidenzi come, più che i rischi provenienti dallo Stato per i diritti di cui andrò trattando, vada riguardata la possibilità di ottenere da esso una maggiore tutela, specialmente nei confronti di poteri privati, di modo che un cambiamento della cultura (non solo) giuridica sul punto possa poi indurre verso interventi regolatori maggiormente adeguati di fronte a questa sfida che occorre affrontare. Interventi che, conclusivamente, mi prometto di ricostruire, sia in ottica *de jure condito*, che in prospettiva *de jure condendo*, ivi incluse le proposte normative di recente presentazione in sede europea.

⁴ Stante la «“naturale” tendenza ad entrare in conflitto con la sfera di autonomia privata individuale» di cui parla L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, 234, con particolare riferimento alle tecnologie della comunicazione e dell'informazione.

⁵ La definizione di questo concetto può essere fornita facendo riferimento allo standard ISO/IEC 20546:2019 *Information technology – Big data – Overview and vocabulary*, reperibile sul sito istituzionale dell'*International Organisation of Standardization*, come set di dati estesi, le cui caratteristiche sono le famose “4 v” (volume, varietà, velocità e/o variabilità) che richiedono una tecnologia scalabile (e cioè capace di incrementare le proprie prestazioni qualora vengano fornite nuove risorse) per poter essere archiviati, manipolati, gestiti e analizzati in modo efficiente. In realtà, come ricorda T. MAURO, *I big data tra protezione dei dati personali e diritto della concorrenza*, in R. PANETTA (cur.), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Milano, 2019, 651 ss., nella misura in cui sussistono le “4 v” se ne aggiunge una quinta, non certo meno importante, data dal valore economico che gli stessi acquisiscono.

⁶ Ne cercherò di offrire più di un esempio *infra*, specialmente al paragrafo 3.3.

⁷ Del resto, che vi sia uno stretto legame di strumentalità tra la tutela della privacy e quella degli altri diritti è considerazione nota da tempo: cfr., *ex plurimis*, F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, 9 ss.

2. Privacy, dentità ed innovazione tecnologica: una rassegna diacronica

Volendo, dunque, prendere le mosse da una, seppur sintetica, rassegna diacronica dei passaggi fondamentali che segnano l'origine dapprima, e l'evoluzione in seguito, dei diritti qui esaminati in raffronto allo sviluppo tecnologico, mi sembra necessario prenderli in esame distintamente.

2.1. *Dal right to be let alone all'autodeterminazione informativa (passando per la protezione dei dati)*

Per quanto riguarda il diritto alla riservatezza⁸, si può facilmente osservare come esso presenti fin dal suo apparire un qualche legame con il progresso tecnologico. Mi riferisco all'arcinota vicenda che ha rappresentato il *casus belli* da cui nasce il primo e conosciutissimo scritto dal titolo *The Right to Privacy*⁹. Vicenda che trae origine dalle indiscrezioni apparse sulla stampa circa le feste che si svolgevano nell'abitazione di uno dei due autori, noto avvocato bostoniano, laddove è l'implementazione di alcune innovazioni tecnologiche – e segnatamente la diffusione della stampa, grazie alla (allora) piuttosto recente introduzione delle rotative e della fotografia istantanea¹⁰ – a far sì che la lesione alla privacy, appunto, dell'interessato, da semplice pettegolezzo conoscibile ad una fascia ristretta di popolazione venisse ad assumere dimensioni assai più ampie e preoccupanti¹¹.

Ma anche l'ingresso in Italia, per via pretoria, dello stesso diritto non è scollegato da un rapporto con tecnologie che erano allora di recente introduzione o in corso di forte sviluppo e potenziamento. Basti dire del famoso "caso Caruso"¹², in cui la richiesta risarcitoria, per la prima volta accordata da un giudice di merito, per lesione della riservatezza, è imputabile ad un'opera cinematografica a carattere biografico, od al "caso Esfandiar", che registra il primo espresso riconoscimento del diritto alla riservatezza nell'ordinamento italiano da parte della giurisprudenza di legittimità¹³, in cui la causa era stata instaurata a seguito della pubblicazione di riprese fotografiche, rese possibili solo dall'evoluzione delle prestazioni di tali apparecchi¹⁴, od ancora alle pronunce degli anni '90 che inducono questa volta il giudice delle leggi a riconoscere, seppur ancora non in modo generale ed espresso, il diritto alla riservatezza, decisioni originate dalla normativa in tema di

⁸ La bibliografia sul tema è davvero sterminata. Per limitarmi a qualche citazione generale sull'origine e la storia di questa nozione, e rinviando alle successive note per ulteriori riferimenti, sia qui sufficiente richiamare P. PATRONO, *Privacy e vita privata (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, 1986; A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla) III* *Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur.*, XXVII, 1995; G. BUSIA, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, *Aggiornamento I*, 2000, 476 ss.; e R. PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e continuità*, in ID. (cur.), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, vol. I, Milano, 2003, 3 ss.

⁹ S. D. WARREN, L. D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, vol. 4, n. 5/1890, 193 ss.

¹⁰ L'evoluzione di queste tecnologie è definita «il nocciolo della questione» da F. PIZZETTI, *Privacy*, cit., 47 ss., il quale sottolinea come «gran parte [...] della materia che dobbiamo studiare è connesso alle evoluzioni tecnologiche».

¹¹ Gli stessi Autori, del resto, individuano esplicitamente i pericoli per la privacy in «instantaneous photographs and newspaper enterprise» ed in «numerous mechanical devices» (S. D. WARREN, L. D. BRANDEIS, *The Right*, cit., 195).

¹² Deciso con la sentenza Trib. Roma, 14 settembre 1953, in *Foro it.*, 1954, I, 2, 115 ss., confermata in sede di gravame da App. Roma, 17 maggio 1955, in *Foro it.*, 1956, I, 793 ss.

¹³ Cass. civ., sez. I, 27 maggio 1975, n. 2129 in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 970 ss.

¹⁴ L'incidenza del progresso tecnologico sul *revirement* della Suprema Corte è esplicitato *apertis verbis* nel punto 2 della motivazione in diritto, allorché il Collegio afferma che l'esigenza di tutela della personalità sta assumendo aspetti allarmanti «dato il *continuo sviluppo della moderna tecnologia*, la quale offre ai poteri pubblici o ai privati smisurate possibilità, mediante perfezionati strumenti di acquisizione conoscitiva, di penetrante controllo su ogni aspetto di vita e di rapida divulgazione generale dei dati acquisiti» (corsivo mio).

intercettazioni¹⁵, strumento di indagine che già allora (e ancor più in seguito) diveniva sempre più penetrante grazie all'affinamento delle tecnologie a disposizione dell'Autorità giudiziaria.

È, in ogni caso, innegabile che, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, siano soprattutto le tecnologie informatiche a far compiere un salto di qualità nell'evoluzione del diritto *de quo*¹⁶, poiché con l'introduzione delle prime banche dati emerge un profilo fino ad allora sconosciuto, ovvero la protezione dei dati personali, intesa quale diritto da parte del diretto interessato al controllo dell'uso che viene fatto da parte di terzi delle proprie informazioni¹⁷. Infatti, seppur in misura irrisoria rispetto agli attuali *Big data* cui ho fatto cenno e sui quali tornerò ampiamente, già le semplici banche dati, gestite con l'ausilio dell'informatica delle origini, ben potevano (come tuttora a maggior ragione possono) rappresentare il modo di conoscere e raccogliere notizie sul conto altrui e di rielaborarle successivamente. E se, allora, dato l'elevato costo di queste tecnologie, ciò avveniva principalmente in capo alla Pubblica Amministrazione, con il rischio, ad esempio, di schedature per finalità politiche, con il progressivo diffondersi dell'informatica e la drastica riduzione dei costi di immagazzinamento delle informazioni oggi si tratta di una prassi diffusa pure presso soggetti privati, anche e soprattutto per scopi di natura commerciale. Così che la libertà di autodeterminazione delle proprie scelte (negoziali, ma più in generale, di comportamento e, ancor più in generale, di vita), in quanto prevedibili, rischia di divenire solo un «simulacro di libertà»¹⁸; da qui, la necessità che il singolo debba potere controllare l'uso da parte di terzi delle informazioni sulla propria persona. È così compiuto il passaggio da una tutela di tipo proprietario su informazioni riguardanti fatti, vicende e dati personali, secondo la concezione fino ad allora dominante, ad una garanzia in termini di diritti della personalità, come conseguenza di quei mutamenti sociali e tecnologici che sul diritto al nostro esame, alla pari (ma forse anche più) di ogni altra situazione soggettiva, hanno inciso significativamente¹⁹.

Se poi, con un enorme balzo temporale, proiettiamo queste considerazioni dalla tecnologia informatica degli albori, negli anni '70, allo sviluppo digitale dell'epoca attuale, caratterizzato dalla estrema diffusione della rete internet, dei *social network*, e viepiù dell'intelligenza artificiale, le osservazioni appena svolte mostrano tutto il peso e la rilevanza che hanno acquisito quelle

¹⁵ Mi riferisco in particolare alle pronunce [23 luglio 1991, n. 366](#); [11 marzo 1993, n. 81](#); [24 febbraio 1994, n. 63](#); e [30 dicembre 1994 n. 463](#).

¹⁶ Di una nozione di privacy riconfigurata dalle nuove tecnologie, che si distacca dalla risalente concezione del *right to be let alone* ragiona P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (cur.), *Studi in memoria di Paolo Barile*, Firenze, 2012, 9 ss.

¹⁷ Non a caso, proprio in quegli anni, il sociologo americano A. WESTIN, nella sua notissima opera *Privacy and Freedom*, New York, 1967, 7, definisce la privacy come «the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others». Su questo passaggio dell'evoluzione del diritto al nostro esame, cfr. in particolare, per limitarci a qualche citazione esemplificativa all'interno di una vastissima letteratura, V. FROSINI, *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*, in G. ALPA, M. BESSONE (cur.), *Banche dati, telematica e diritti della persona*, Padova, 1984, 32 ss.; S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. dir.*, 1991, 521 ss.; nonché, di recente, A. MONTI, R. WACHS, *Protecting Personal Information. The Right to Privacy Reconsidered*, Oxford, 2019.

¹⁸ L'espressione è di G. ARENA, *La tutela della riservatezza nella società dell'informazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, vol. I, Milano, 1994, 90.

¹⁹ Lo stretto rapporto esistente tra diritto alla riservatezza e mutamenti sociali era evidenziato con particolare forza già da S. RODOTÀ, *Tecnologie dell'informazione e frontiere del sistema socio-politico*, in *Pol. dir.*, 1982, 28 ss.; nonché, più recentemente, *ex plurimis*, da C. SARTORETTI, *Contributo allo studio del diritto alla privacy nell'ordinamento costituzionale. Riflessioni sul modello francese*, Torino, 2008, 1 ss. Anche il parallelo legame con l'evoluzione tecnologica è evidenziato con forza da molti Autori, tra cui L. CALIFANO, *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dei dati*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, *Innovazione tecnologica e valore della persona*, Napoli, 2017, 9, la quale ricorda come «il percorso di costruzione del diritto alla protezione dei dati personali si intreccia con il parallelo crescente sviluppo dell'innovazione tecnologica delle comunicazioni elettroniche».

problematiche emerse, con incomparabilmente minore gravità, ormai cinque decadi orsono²⁰. Il mondo della rete, in cui si stanno velocemente (specie nell'attuale contesto di emergenza pandemica) spostando tutte le attività della vita quotidiana (dal lavoro allo studio, dagli acquisti ai contatti sociali, ecc.)²¹, si nutre voracemente di dati, che vengono acquisiti, raccolti, conservati e variamente trattati, per le finalità più disparate, da quelle di rilevanza privatistica (la profilazione commerciale, per esempio) alla programmazione di politiche pubbliche. Di ciò si è dimostrata ben consapevole anche la Corte costituzionale, che proprio recentemente, con la [sentenza 23 gennaio 2019, n. 20](#)²², ha avuto l'occasione per affermare che il diritto alla riservatezza, il quale «trova riferimenti nella Costituzione italiana (artt. 2, 14, 15 Cost.) [...] e che incontra specifica protezione nelle varie norme europee e convenzionali», oggi «si caratterizza particolarmente quale diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona»²³.

Peraltro, della pronuncia testé citata sembra significativo anche il passaggio in cui la Consulta osserva che «sono le stesse peculiari modalità di pubblicazione imposte dal d.lgs. n. 33 del 2013 ad aggravare il carattere, già in sé sproporzionato, dell'obbligo di pubblicare i dati [...] L'indicizzazione e la libera rintracciabilità sul web, con l'ausilio di comuni motori di ricerca, dei dati personali pubblicati, non è coerente al fine di favorire la corretta conoscenza della condotta della pubblica dirigenza e delle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche. Tali forme di pubblicità rischiano piuttosto di consentire il reperimento "casuale" di dati personali»²⁴. Ora, ciò che appare estremamente interessante nell'ottica della nostra ricognizione è che il giudice delle leggi imputa proprio alle modalità tecniche adottate (per la diffusione di alcuni dati a fini di trasparenza amministrativa) il maggiore *vulnus* arrecato al diritto alla riservatezza: una dimostrazione ulteriore di come le scelte tecnologiche incidano su questo diritto.

La situazione soggettiva di cui andiamo parlando, peraltro, ha conosciuto, sempre a partire dallo stesso periodo del secolo scorso, un ulteriore e parallelo arricchimento delle facoltà ad esso riferibili, con il profilarsi del c.d. diritto all'autodeterminazione informativa²⁵, consistente nella

²⁰ L'avvento di internet è indicato come un vero e proprio spartiacque in materia di privacy da T. E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in Liber amicorum per Pasquale Costanzo, vol. I, *Costituzionalismo, reti e intelligenza artificiale*, Genova, 2020, spec. 6 ss.

²¹ Efficace l'espressione utilizzata al riguardo da M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Roma-Bari, 2019, 5: se nella realtà virtuale «sino a poco tempo fa ci sembrava di "andare"» oggi essa «ha inghiottito le nostre vite». Sulla progressiva confusione tra il mondo digitale e quello "analogico", cfr. le osservazioni di L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, Milano, 2014, spec. 47 ss., ove l'A. introduce a tal fine il concetto di *onlife*, come vita in cui la distinzione tra ciò che è in rete e ciò che ne è fuori appare quanto mai sfumata e non sempre così netta e percettibile.

²² La decisione è stata oggetto di numerosi commenti, soprattutto in relazione al profilo del rapporto tra diritto eurounitario e diritto interno, di cui segna un passaggio fondamentale. Per limitarmi a citare qualcuna tra le note che più si concentrano sugli elementi attinenti al discorso che stiamo svolgendo, v., almeno, O. POLLICINO, *Visibilità del potere, riservatezza individuale e tecnologia digitale. Il bilanciamento delineato dalla Corte*, in *Dir. inf. infor.*, 2019, 110 ss.; I. NICOTRA, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in [Federalismi.it](#), n. 7 del 2019; e B. PONTI, *Il luogo adatto dove bilanciare il "posizionamento" del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali vs. il diritto alla trasparenza nella sentenza n. 20/2019*, in *Ist. feder.*, 2019, 525 ss.

²³ *Considerato in diritto*, punto 2.2. Si osservi, per inciso, che dal tenore letterale della pronuncia sembra potersi dedurre che il giudice delle leggi non aderisca alla tesi da tempo affermata in dottrina (su cui, per tutti, F. PIZZETTI, *Il prisma del diritto all'oblio*, in ID. (cur.), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013, 32 ss.; e G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 1 ss.) del diritto alla protezione dei dati come autonoma figura soggettiva, sulla base, tra l'altro, della distinzione fatta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra diritto alla vita privata e, appunto, protezione dei dati, preferendo invece la diversa ricostruzione che individua in esso soltanto un nuovo profilo della riservatezza intesa in senso ampio (su cui mi sia consentito rinviare a S. SCAGLIARINI, *La riservatezza e i suoi limiti*, Roma, 2013, spec. 34 ss.).

²⁴ *Considerato in diritto*, punto 5.3.1.

²⁵ Per usare l'espressione coniata dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza 15 dicembre 1983 (in *Riv. giur. lav.*, 1985, I, 532 ss.) e che ha poi avuto fortuna anche nella dottrina italiana. Su questa ormai risalente vicenda, v.

libertà di effettuare in autonomia le proprie scelte di vita, in senso ampio, e, conseguentemente, nel diritto a non subire pressioni da parte di terzi, potendo controllare e selezionare le informazioni che si intendono far entrare nella propria sfera privata²⁶. Un elemento, a ben vedere, che, al pari della protezione dei dati, è volto nella direzione di assicurare il potere di ciascuno di rivendicare il pieno controllo sui flussi informativi che lo riguardano, non solo “in uscita” ma anche “in entrata”²⁷, e che ulteriormente induce a superare la primigenia qualificazione della riservatezza in chiave di mera libertà negativa²⁸, per approdare ad una lettura anche in chiave positiva legata allo sviluppo della personalità umana²⁹.

L'emersione di questo nuovo aspetto della riservatezza, a differenza di quello precedente, non ha in effetti alle origini uno stretto legame con i profili tecnologici: basti pensare al *leading case* nella giurisprudenza costituzionale, ove il diritto in questione veniva richiamato in relazione alla raccolta delle questue effettuata (anche) senza alcun mezzo tecnico³⁰. Le cose tuttavia cambiano in modo rilevante con il procedere del tempo, allorché la sfera privata comincia a subire pressioni assai più significative, con finalità commerciale o propagandistica, attraverso nuovi e più efficaci mezzi, dal canale telefonico a quello televisivo. Ma anche a questo riguardo lo stacco più netto si ha con l'avvento della rete e forse ancor più dei *social network*, laddove il flusso di informazioni in entrata, per chiunque abbia (almeno) un profilo in essi, assume livelli niente affatto trascurabili³¹, con effetti fortemente impattanti sulla libertà e autonomia di pensiero e sul diritto all'informazione. Tra gl'innumerevoli esempi che si potrebbero fare, mi limito a ricordare il ruolo ormai imprescindibile

G. SARTOR, *Tutela della personalità e normativa per la «protezione dei dati»*, in *Inf. dir.*, 1986, 95 ss.; nonché S. SIMITIS, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 569, il quale ricorda come la Corte tedesca ebbe l'occasione di definire la normativa sulla privacy come un elemento imprescindibile delle società democratiche.

²⁶ Sulla riservatezza come libertà di autodeterminazione, nel contesto attuale, cfr., tra i tanti, M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009, 51 ss.; e G.M. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in R. NANIA, P. RIDOLA (curr.), *I diritti costituzionali*, vol. II, Torino, 2006, 630 ss., i quali tutti rimarkano l'attuale impossibilità di pensare alla privacy solo in termini negativi e la polisemia che a tale espressione deve oggi essere riconosciuta. È peraltro in questa stessa direzione che F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 20, descrive il “diritto di privacy” come una «costellazione di diritti».

²⁷ Come sottolinea S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006, 151 ss. e spec. 169, vi è un comune denominatore di tutti gli aspetti della privacy, da quello tradizionale di riservatezza in senso stretto a quello più recente di tutela dei propri dati, ed è il diritto di autodeterminarsi nella propria sfera privata senza intromissioni e di esercitare il controllo sulle proprie informazioni.

²⁸ Il passaggio dalla libertà negativa ad una visione più ampia è ricostruito, di recente, da G. M. SALERNO, *Le origini ed il contesto*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, *Innovazione*, cit., spec. 81 ss.

²⁹ In questo senso già C. CASONATO, *Riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori in Italia e Stati Uniti: prime considerazioni*, in *Dir. soc.*, 1993, 683 ss.

³⁰ Mi riferisco alla [sentenza 2 febbraio 1972, n. 12](#), in *Giur. cost.*, 1972, 45 ss., con nota di A. CERRI, *Regime delle questue: violazione del principio di eguaglianza e tutela del diritto alla riservatezza*, il quale identificava, appunto, nel diritto all'autodeterminazione quel diritto alla riservatezza di cui la dottrina in quegli anni andava cercando il fondamento costituzionale. L'importanza della pronuncia rispetto all'evoluzione del concetto di riservatezza è sottolineata anche da F. MODUGNO, *I “nuovi diritti”*, cit., spec. 26, che vi legge il riconoscimento di un diritto che va oltre un mero profilo negativo della libertà di manifestazione del pensiero, in ragione di un concetto di riservatezza collegato alla «tutela dell'interiorità delle proprie convinzioni». La sostanziale marginalità dell'innovazione tecnologica nell'emersione del profilo dell'autodeterminazione informativa si evince anche dalla successiva [sentenza 9 maggio 1985, n. 138](#), in *Giur. cost.*, 1985, 986 ss., commentata ancora una volta da A. CERRI, *Diritto di non ascoltare l'altrui propaganda*, nella quale la limitazione del diritto *de quo* passava, sì, attraverso un mezzo tecnico (i veicoli dotati di altoparlante), ma in realtà già ben conosciuto all'epoca e il cui ruolo, nella qualificazione in termini negativi della fattispecie, appare non rilevante.

³¹ Scrive al riguardo C. COLAPIETRO, *Il diritto alla protezione dei dati personali in un sistema delle fonti multilivello*, Napoli, 2018, 64, che «la rivoluzione tecnologica ha inciso sulla stessa nozione di sfera privata, che non concerne più, o non solo, i fenomeni di uscita delle informazioni dal proprio ambito di controllo, bensì coinvolge anche i flussi dall'esterno verso l'interno» (corsivi testuali).

che i *social* esercitano nelle campagne elettorali³², grazie alla possibilità offerta di individuare preferenze e sensibilità dei singoli elettori e su questa base porre in essere campagne mirate, specie per il consolidamento delle loro posizioni, tanto che oggi i canali *social* rappresentano fondamentali e potenti strumenti di formazione del consenso elettorale, giunti in noti casi ad influenzare in modo determinante l'esito di intere competizioni elettorali, attraverso l'operato di soggetti in grado di sfruttare con forza la grande capacità di penetrazione (e persuasione) di questa evoluzione tecnologica³³.

Peraltro, ho trattato distintamente i due profili della protezione dei dati e dell'autodeterminazione informativa non perché viaggino su binari paralleli, bensì al solo fine di sottolineare l'arricchimento progressivo degli elementi che compongono il diritto al nostro esame e porre in evidenza come l'intervento del legislatore abbia avuto l'ambizione di estendere gradualmente la tutela a tutti gli aspetti emergenti. Non si può però sottacere come, a buon diritto, da tempo la dottrina parli di autodeterminazione informativa, in generale, come diritto del singolo di decidere in quale modo configurare il rapporto della propria sfera privata con i terzi, sostanzialmente fondendo in questo concetto tanto la protezione dei dati quanto l'autodeterminazione informativa in senso stretto³⁴. Posizione, questa, pienamente coerente non solo con il rilievo, già emerso, che si verte pur sempre nell'ambito di facoltà ascrivibili al diritto alla privacy in senso ampio, di cui costituiscono solo diverse declinazioni, ma anche con la stretta correlazione tra loro esistente, in quanto la tutela dell'una appare inestricabilmente legata alla garanzia per l'altra. È, infatti, attraverso il controllo sui dati che le società tecnologiche possono ricavare, grazie alla profilazione, informazioni su gusti, preferenze e comportamenti di massa, che poi vengono utilizzate per riproporre, più o meno insistentemente, al singolo individuo, in forma mirata sulla base del suo profilo, messaggi (commerciali, ma anche notizie di cronaca per esempio) che finiscono per cristallizzare preferenze ed opinioni e, in ultima istanza, ostacolare, appunto, la libertà di assumere in modo consapevole e pienamente informato le proprie determinazioni³⁵.

³² Almeno a partire dalle elezioni americane del 2012, secondo la ricostruzione di G. ZICCARDI, *Tecnologie per il potere*, Milano, 2019, 100 ss.

³³ Per portare un solo (ma celeberrimo) esempio, si pensi al caso di *Cambridge Analytica*, società nota per avere offerto consulenza a Donald Trump per la sua campagna elettorale, risultata poi vittoriosa, avendo a propria disposizione una enorme massa di dati di utenti di Facebook: tra la dottrina che ha preso in esame il caso, v., a titolo indicativo, D. MESSINA, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda 'Cambridge Analytica'*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 20 del 2018; nonché D. SUSSER, B. ROESSLER, H. F. NISSENBAUM, *Online Manipulation: Hidden Influences in a Digital World*, in [Georgetown Law Technology Review](http://www.georgetownlawtechnologyreview.com), vol. 4, n. 1/2019, che inquadra la vicenda in ottica più generale. Sull'uso dei *social* e dei *big data* per finalità elettorali, tra i numerosi contributi, si vedano almeno quelli di M. CALISE, F. MUSELLA e di G. ZICCARDI, citati nelle note precedenti, che naturalmente dedicano spazio anche alla vicenda di cui sopra.

³⁴ Così, ad esempio, L. CALIFANO, *Il Regolamento*, cit., 12; o A. PAPA, *La problematica tutela del diritto all'autodeterminazione informativa nella big data society*, in *Liber amicorum*, cit., 477 ss. Maggiori perplessità suscitano, invece, quelle ricostruzioni ancora più ampie dell'autodeterminazione (come quella fatta propria da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, spec. 319 ss.), in cui il concetto viene sostanzialmente a coincidere con la rivendicazione di un qualunque spazio di libertà, sulla scia del corrispondente della privacy americana. Senonché, al riguardo, credo vada ribadito quanto su quest'ultima rilevava già A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, Roma, 1974, 56, secondo cui «questo diritto tende inesorabilmente a sovrapporsi ad ogni situazione giuridica riconosciuta a protezione dell'integrità morale della persona», così che, come affermava G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 867, la privacy negli Stati Uniti ha finito per svolgere la funzione del nostro art. 2 Cost. (nella sua lettura aperta). Né il decorso del tempo ha reso inattuale questa distinzione, giacché la vastità dell'accezione statunitense, che abbraccia, per esempio, le scelte di fine vita o in materia più generale di bioetica, resta estranea alla ben più puntuale definizione che la riservatezza, nei suoi pur variegati profili, ha nell'ordinamento italiano (ma, verrebbe da dire, più in generale nel costituzionalismo europeo).

³⁵ Il circolo vizioso che si autoalimenta tra raccolta di dati a fini di profilazione e successiva utilizzazione ai fini di ridurre l'autodeterminazione informativa è ben evidenziato, *ex plurimis*, da L. CALIFANO, *Autodeterminazione vs. eterodeterminazione dell'elettore: voto, privacy e social network*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 16 del 2019, 3.

Insomma, dall'originaria tutela della riservatezza alla protezione dei dati personali fino all'autodeterminazione informativa, per limitarsi a citare le fasi principali di questa evoluzione senza perdersi nei tanti rivoli che questo flusso ha pure aperto in relazione ad aspetti più specifici, si evince come i singoli profili esaminati appaiono destinati ad integrarsi per «allargare e rafforzare le modalità di tutela della sfera privata, e la loro successione rivela il tentativo di un progressivo adeguamento ai mutamenti determinati dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, per contrastarne gli effetti sul terreno del controllo, della classificazione e della selezione delle persone»³⁶.

2.2. Dall'identità personale al diritto all'oblio (passando per l'identità digitale)

Il diritto all'identità personale, inteso come «l'interesse del soggetto [...] di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale o particolare, è conosciuta o poteva essere riconosciuta con l'esplicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede oggettiva»³⁷ e quindi sulla base delle sue convinzioni culturali, ideologiche, religiose, ecc., e delle sue vicende umane e professionali³⁸, non ha un'origine strettamente legata all'uso delle tecnologie, dato che molte delle prime pronunce di merito, da cui è emerso questo diritto, traggono avvio da vicende giurisprudenziali relative al travisamento dell'immagine sociale di persone attraverso canali non innovativi, quali i manifesti elettorali piuttosto che la carta stampata e l'editoria tradizionale. Ciò nonostante, va dato altresì atto di come, dato il crescente numero di decisioni giudiziarie, specie negli anni '80, concernenti violazioni dell'identità attraverso il mezzo radiotelevisivo, già allora parte della dottrina ebbe a rilevare come il prorompere di questo diritto nelle aule giudiziarie potesse rappresentare «la contropartita negativa [...] del progresso tecnologico dei mezzi di comunicazione»³⁹.

Ad ogni modo, è certo che, quando, nel 1985, il diritto all'identità personale troverà espresso riconoscimento in sede di legittimità, allorché la Cassazione si pronuncerà in relazione al travisamento dell'identità personale del noto oncologo Umberto Veronesi⁴⁰, il mezzo attraverso cui il messaggio pubblicitario che aveva determinato la violazione del diritto era stato diffuso (ovvero la stampa periodica) non assumerà, in effetti, una sostanziale importanza nell'orientare la Suprema Corte⁴¹.

³⁶ Testualmente, S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, Roma-Bari, 2004, 168.

³⁷ Cfr., Cass. civ., sez. I, 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, 2211 ss.

³⁸ Anche sull'identità personale la bibliografia è ormai assai copiosa. Per la dottrina che per prima ha individuato il tema cfr. A. DE CUPIS, *Il diritto all'identità personale, Parte I. Il diritto al nome*, Milano, 1949, spec. 13, ove l'A. sottolinea come sia un bisogno connotato all'uomo quello di «affermare la propria individualità distinguendosi dagli altri soggetti [...] non soltanto come persona, ma anche come una certa persona» (corsivo mio). Più di recente v., *ex multis*, V. ZENO ZENCOVICH, *Identità personale*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, IX, 1993, 294 ss.; e L. TRUCCO, *Introduzione*, cit., in particolare 207 ss. per la ricostruzione dell'evoluzione del diritto.

³⁹ Sono queste le parole di F. MANTOVANI, *Il diritto all'identità personale e la tutela penale*, in *Il diritto all'identità personale*, Padova, 1981, 130, il quale leggeva pertanto nell'affermazione del diritto una rivendicazione proprio della protezione dai riflettori tecnologici. La questione è oggetto di approfondimento da parte di L. TRUCCO, *Introduzione*, cit., 217 ss., la quale dà conto anche delle coeve opinioni dottrinarie volte invece a sminuire questo aspetto per le ragioni citate nel testo.

⁴⁰ Di cui era stata utilizzata una frase al di fuori del contesto specifico dell'intervista nella quale era stata pronunciata, travisandone il significato. La sentenza, già citata a nota 37, è stata commentata, tra gli altri, da F. MACIOCE, *L'identità personale in Cassazione: un punto di arrivo e un punto di partenza*, e M. DOGLIOTTI, *Il diritto all'identità personale approda in Cassazione*, entrambi in *Giust. civ.*, 1985, I, 3055 ss.

⁴¹ Si noti, per inciso, che anche il *leading case* in materia della Consulta (la [sentenza 3 febbraio 1994, n. 13](#)), in cui si discuteva del cognome come elemento distintivo della persona, verteva in ambito affatto estraneo al contesto tecnologico.

Lo sviluppo tecnologico – e segnatamente delle tecnologie digitali e della rete internet – ha tuttavia inciso, in tempi successivi, in modo non meno significativo su questo diritto di quanto abbiamo visto essere avvenuto con riferimento alla riservatezza.

In primo luogo, infatti, la moltiplicazione dei frammenti della personalità individuale che vengono lasciati in rete⁴², più ancora di quanto già non avvenga nella realtà materiale, ha indotto ormai a non parlare più (solo) di identità personale, ma anche di identità *digitale*⁴³, peraltro quale profilo da giustapporre a quello primigenio e non sostitutivo (né mera proiezione) di esso. In sostanza, la rete, attraverso la frammentazione e successiva ricomposizione della personalità di un individuo, offre una rappresentazione (*rectius*, più rappresentazioni), che danno vita a proiezioni il più delle volte parziali e in ogni caso legate a contesti specifici⁴⁴, ma proprio per questo motivo facilmente non (del tutto) veritiere e pertanto meritevoli di formare oggetto di tutela⁴⁵.

In secondo luogo, l'incidenza delle tecnologie digitali sull'identità personale si manifesta in relazione a quel particolare (e di più recente emersione) profilo di essa, che è rappresentato dal diritto all'oblio, ovvero il diritto a che non siano oggetto di pubblicità eventi passati relativi alla vita di una persona, salvo sussista un perdurante interesse pubblico al mantenimento di essa. Una situazione soggettiva che si pone al crocevia, a ben vedere, tra riservatezza e identità, ma che a mio avviso merita di essere attratta nell'orbita di quest'ultima, per il fatto che essa è pur sempre finalizzata a garantire e proteggere l'immagine sociale del suo titolare, ancorché in relazione a fattispecie passate e non a comportamenti attuali⁴⁶. Gli eventi trascorsi, in effetti, potrebbero descrivere in modo improprio ed inattuale l'identità di una persona, che tutto è fuorché statica ed immutabile⁴⁷, di modo che, in assenza del riconoscimento del diritto all'oblio, l'esistenza di un individuo rischierebbe di essere indelebilmente condizionata da fatti che non rispecchiano (più) il complesso di elementi che contribuiscono a definirne la personalità. Ora, questo particolare profilo di cui andiamo trattando, di per sé, ha indubbiamente una sua consistenza anche al di fuori del mondo digitale⁴⁸, senonché appare innegabile come proprio in questo contesto i rischi per la sua

⁴² Cfr. C. COLAPIETRO, *Il diritto*, cit., 35, ove l'A. afferma che «le nuove tecnologie tendono [...] a *frantumare la personalità umana* che viene ridotta ad un'informazione parziale [...] *resa acquisibile inconsapevolmente per mezzo di strumenti elettronici*» (corsivi testuali).

⁴³ In tema, tra i lavori ormai copiosi, v. G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf. infor.*, 2007, 511 ss.; e G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona*, in *Contr. impr.*, 2017, 723 ss.

⁴⁴ Il rischio che la profilazione degli individui e la frammentazione dei profili attinenti alla loro personalità in tante distinte immagini porti a travisare la reale personalità – e quindi a lederne l'identità – veniva denunciato già da G. RESTA, *Identità personale*, cit., 522.

⁴⁵ G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, cit., 737 ss.

⁴⁶ Non si tratta, tuttavia, di una ricostruzione pacifica in dottrina. Per la tesi che sostengo nel testo, cfr., tra gli altri, L. TRUCCO, *Introduzione*, cit., 266, che la ritiene una conclusione non implausibile; nonché L. FEROLA, *Riservatezza, oblio, contestualizzazione: come è mutata l'identità personale nell'era di Internet*, in F. PIZZETTI (cur.), *Il caso*, cit., 177 ss., per la quale l'interesse all'oblio e quello all'identità personale «si fondono in un'unica dimensione». *Contra*, vi è chi, come M. MEZZANOTTE, *Il diritto*, cit., 81 ss., parla di un diritto, che costituisce il moderno sviluppo della privacy, ma autonomo e distinto tanto dal diritto alla riservatezza quanto da quello all'identità (analogamente, seppure con toni più sfumati, M. R. MORELLI, *Oblio (diritto all')*, in *Enc. Dir.*, *Aggiornamento VI*, 2002, spec. 851 ss.); mentre altri (come C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, *Innovazione*, cit., 128; o M. A. LIVI, *Quale diritto all'oblio?*, Napoli, 2020, 68 ss.) lo considerano parte del diritto alla protezione dei dati personali; laddove non manca neppure chi, come F. PIZZETTI, *Il prisma*, cit., 30 ss., preferisce ascriverlo al diritto alla riservatezza nel contesto della sfera più ampia di tutela della dignità della persona.

⁴⁷ Ciò che, peraltro, induce G. RESTA, *Identità personale*, cit., 524 a parlare della identità come processo e non come dato preesistente. L'A., peraltro, richiama al riguardo la pregressa giurisprudenza del Garante, volta proprio a garantire la corretta rappresentazione della persona in senso diacronico.

⁴⁸ E, in effetti, ivi trae i suoi primi riconoscimenti giurisprudenziali negli anni '90, in cui la materia del contendere riguardava violazioni del diritto all'oblio attraverso il mezzo televisivo o la tradizionale pubblicazione a stampa. Per una accurata ricostruzione in questo senso cfr., tra gli altri, A. MANTELERO *Il diritto all'oblio dalla carta stampata ad internet*, in F. PIZZETTI (cur.), *Il caso*, cit., 145 ss.; nonché M. MEZZANOTTE, *Il diritto*, cit., spec. 112 ss., il quale ricorda comunque come esso condivida con il diritto alla riservatezza «uno sviluppo con il

garanzia appaiano di gran lunga maggiori. La rete, infatti, non dimentica⁴⁹, e la possibilità che un individuo possa liberarsi di ingombranti fardelli passati, che non rispecchiano la sua attuale personalità, è di assai difficile realizzazione, per due ordini di ragioni.

Anzitutto, la stessa conservazione delle notizie sostanzialmente *sine die*, che abbiamo visto caratterizzare l'internet, conduce verso un punto di convergenza tra il diritto all'oblio e l'identità digitale. Certo, le due nozioni non devono confondersi, giacché l'oblio si riferisce alla ripubblicazione di notizie a suo tempo legittimamente pubblicate, mentre l'identità in rete trascende dal singolo dato, che di essa è solo un frammento, per guardare all'immagine della persona per come esce dal web nel suo complesso⁵⁰. Tuttavia, è pur vero che è la stessa facilità di reperimento di informazioni non più attuali che, oltre a violare il primo, compromette la corretta realizzazione della seconda, così come, specularmente, la garanzia del primo è presupposto fondamentale perché non si abbia lesione nemmeno della seconda. Del resto, è la stessa dinamicità della personalità, come sottolineavo, ad esigere una tutela per il diritto all'oblio e la rete in questo genera problematicità non trascurabili, per il fatto che le informazioni in essa contenute sono, assai spesso, avulse dal loro contesto complessivo di riferimento. Da qui, dunque, emerge quell'ulteriore profilo dell'oblio meritevole di tutela, quale è il diritto alla contestualizzazione, ovvero la pretesa a che le notizie e le vicende pubblicate sul web siano integrate al fine di assicurare una rappresentazione completa del quadro in cui si inseriscono e quindi maggiormente rispondente alla personalità dell'interessato⁵¹.

Non solo, ma, poiché ogni informazione in internet viene moltiplicata, attraverso la possibilità di dare vita a collegamenti, di archiviare notizie e ripubblicarle, nonché di indicizzarle in modo tale che sia possibile ritrovarle, anche in modo casuale e a distanza di molto tempo, l'oblio non può più passare solo attraverso il divieto di ripubblicazione di fatti relativi alla propria vita passata, ma acquista l'ulteriore profilo di diritto alla deindicizzazione, ovvero a rimuovere la possibilità, attraverso *link* e motori di ricerca, che quelle stesse notizie possano essere ritrovate in ulteriori spazi del web rispetto a quelli in cui originariamente erano apparse. Proprio questo è il caso affrontato in quello che forse è il più famoso precedente giurisprudenziale in materia, ovvero la [sentenza Google Spain](#), con cui la Corte di Giustizia UE ha imposto, a tutela di questo diritto e valendosi della normativa allora vigente a protezione dei dati personali, ai motori di ricerca di impedire il collegamento alla persona interessata di una notizia risalente per la quale non ci sia alcun interesse

progresso ed il perfezionamento degli strumenti tecnologici che hanno permesso una maggiore invasività della sfera della persona».

⁴⁹ Come sottolinea G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, cit., 735, segnalando come il diritto all'oblio, che è gemmato dall'identità personale, al pari di essa è figlio della comunicazione e «vive una nuova vita» su internet. Sul tema della «memoria digitale», in una prospettiva più ampia, si vedano le interessanti riflessioni di V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale* [2010], trad. it. di P. Conversano, Milano, 2013, spec. 104 ss., ove l'A. evidenzia vantaggi e limiti della capacità di memorizzazione incommensurabilmente ampia dell'ambiente digitale.

⁵⁰ Secondo quanto rileva G. FINOCCHIARO, *Identità personale su internet: il diritto alla contestualizzazione dell'informazione*, in *Dir. inf. infor.*, 2012, spec. 386 ss. nel commentare la nota sentenza della Cass. civ., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525, relativa, ancora una volta, ad un caso di reperibilità *on line* di una imputazione finale, finita poi in assoluzione, al contrario difficilmente rinvenibile nella rete. In tema, si veda anche l'efficace sintesi di L. FEROLA, *Conservazione, indicizzazione e rintracciabilità dei dati, tra diritto all'oblio e dovere di trasparenza*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, *Le nuove frontiere della trasparenza nella dimensione costituzionale*, Napoli, 2014, 245, per la quale il diritto all'oblio, in rete, non può essere confinato a «un mero diritto a dimenticare o cancellare informazioni risalenti nel tempo, alterando la realtà dei fatti» consistendo invece nella legittima pretesa ad «inquadrare il dato nel tempo per non essere segnati da una «lettera scarlatta» digitale e indelebile».

⁵¹ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Identità personale su internet*, cit., 389 ss., che sottolinea come questo bisogno di tutela emerga in relazione alla circostanza che le informazioni reperibili sul web appaiono «appiattite». In tema, ampiamente, tra gli altri anche F. PIZZETTI, *Il prisma*, cit., 37 ss., che lega l'espansione di questa esigenza di tutela a «lo svilupparsi senza sosta delle tecnologie, il passaggio al *web 2.0* e l'esplosione dei *social networks* e degli strumenti mobili per connettersi».

che ne giustifichi la perdurante attualità, e questo anche laddove la notizia stessa sia legittimamente pubblicata *on line* (nel caso di specie, nell'archivio storico di una testata giornalistica)⁵².

In questo senso, può dunque concludersi, con le parole della Suprema Corte⁵³, che «quando si parla di diritto all'oblio ci si riferisce, in realtà, ad almeno tre differenti situazioni: quella di chi desidera non vedere nuovamente pubblicate notizie relative a vicende, in passato legittimamente diffuse, quando è trascorso un certo tempo tra la prima e la seconda pubblicazione; quella, connessa all'uso di internet ed alla reperibilità delle notizie nella rete, consistente nell'esigenza di collocare la pubblicazione, avvenuta legittimamente molti anni prima, nel contesto attuale [...]; e quella, infine, trattata nella citata sentenza *Google Spain* della Corte di giustizia dell'Unione Europea, nella quale l'interessato fa valere il diritto alla cancellazione dei dati»: ciò che dimostra come il riconoscimento di una nuova istanza quale effetto dell'innovazione tecnologica sia spesso al contempo anche la causa di ulteriori evoluzioni successive⁵⁴.

3. Il contesto ordinamentale vigente: alcune premesse

La, pur rapida, rassegna svolta, in chiave diacronica, sui due diritti oggetto della presente trattazione mi consente di partire, nell'analizzare il quadro normativo vigente, da due considerazioni di ordine generale.

La prima è che, nel contesto tecnologico e viepiù nell'era del digitale, tanto la privacy quanto l'identità personale hanno abbandonato quel loro (supposto) originario sapore elitario e in qualche misura borghese, che per la riservatezza aveva rappresentato, insieme alla sua sostanziale novità rispetto alle precedenti esperienze costituzionali europee, un significativo ostacolo ad un riconoscimento esplicito nella Carta fondamentale⁵⁵, per rivelarsi quali bisogni comuni a tutti⁵⁶, perdendo, di conseguenza, anche la primigenia dimensione tipicamente privatistica, per assumere i connotati di un problema di rilevanza (anche) pubblicistica⁵⁷. E così, parimenti, la loro tutela passa gradualmente dal piano strettamente individuale⁵⁸ a quello collettivo⁵⁹, da cui l'approvazione di leggi generali sulla protezione dei dati⁶⁰.

⁵² Sulla pronuncia, oggetto di un numero cospicuo di commenti, si vedano almeno quelli raccolti in G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015. Peraltro, la questione oggetto della decisione è analoga a numerosi precedenti, affrontati anche dal Garante per la protezione dei dati personali già diverso tempo addietro: maggiori notizie in P. COSTANZO, *Motori di ricerca: un altro campo di sfida tra logiche del mercato e tutela dei diritti?*, in *Dir. internet*, 2006, 548. Per gli sviluppi giurisprudenziali successivi a *Google Spain* ed in particolare le sentenze della Corte di Giustizia UE nelle cause [C-136/17](#) e [C-507/17](#), che hanno affrontato il tema della estensione territoriale del diritto all'oblio e conseguentemente della sua effettività nella rete globale, v. O. POLLICINO, *L'“autunno caldo” della Corte di Giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in [Federalismi.it](#), n. 19 del 2019.

⁵³ Cass. civ., sez. unite, sentenza 22 luglio 2019, n. 19681, in *Foro it.*, 2019, I, 3071.

⁵⁴ In questo senso A. D'ALOIA, *Introduzione*, cit., XXVII.

⁵⁵ L'osservazione si deve ad A. BARBERA, *Art. 2*, in *Principi fondamentali. Art. 1-12*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, spec. 55 ss., ove l'A. aggiunge, quale probabile ulteriore spiegazione, la generale arretratezza del Paese, la quale rendeva meno pressante che altrove la tutela di questo diritto.

⁵⁶ Il giudizio è alquanto ricorrente in dottrina; per la riservatezza, *ex plurimis*, cfr. M. G. LOSANO, *La privacy nelle legislazioni europee*, in N. MATTEUCCI (cur.), *Privacy e banche dei dati. Aspetti giuridici e sociali*, Bologna, 1981, 51 ss.; nonché, più recentemente, A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, 257; per l'identità personale, v. V. ZENO ZENCOVICH, *Identità*, cit., 303.

⁵⁷ Con lungimiranza l'osservazione fu avanzata da S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, 39 ss.

⁵⁸ Osserva al riguardo C. DE GIACOMO, *Diritto, libertà e privacy nel mondo della comunicazione globale*, Milano, 1999, 14, come la nozione di privacy (e i diritti che le ruotano intorno) non poteva attecchire che in ordinamenti liberali fondati su una visione individualistica di stampo lockiano. Il legame tra il pensiero liberale di Locke e la nascita della privacy è analizzato anche da M. MEZZANOTTE, *Il diritto*, cit., 40 ss.; e da A. ETZIONI, *The*

La seconda considerazione è che la questione dell'uso che viene fatto dei dati personali assume ormai una dimensione trasversale a tutti gli ambiti in cui si esplica la vita delle persone, di modo che il problema di fronteggiare questa pervasività con adeguate garanzie di controllo, da parte dell'individuo, sulle proprie informazioni coinvolge l'intero ordinamento ed impegna il legislatore su una molteplicità di fronti contemporaneamente⁶¹, richiedendo una risposta di carattere, appunto, necessariamente sistematico. Pertanto, non solo tutele frammentarie come quelle che l'ordinamento italiano forniva prima del 1996⁶² sarebbero assolutamente impensabili oggi, ma, più in generale, le situazioni soggettive qui considerate esigono forme di garanzia che travalichino ambiti specifici settoriali e rispondano ad un'impostazione coerente ed universale.

In effetti, un fondamentale intervento normativo di questi anni, che ha rivoluzionato in larga parte una disciplina, sovranazionale e nazionale, risalente ad un passato (seppure prossimo) in cui lo sviluppo del digitale aveva dimensioni incomparabilmente inferiori a quelle attuali⁶³, è stato attuato dal legislatore europolitano, proprio in una prospettiva di carattere generale. Mi riferisco al noto Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento e del Consiglio, che esplicita tale sua caratteristica fin dalla stessa intitolazione come *Regolamento generale sulla protezione dei dati*⁶⁴, e che è stato poi integrato dalle normative nazionali, sulla base delle previsioni della stessa disciplina

Limits of Privacy, New York, 1999, 194 ss., il quale sottolinea come l'attuale prevalenza nella cultura dominante della dimensione individuale della privacy rispetto all'interesse generale si spieghi proprio per l'origine liberale del diritto in questione.

⁵⁹ Analogamente, G. BUSIA, *Riservatezza*, cit., 479, il quale afferma che la riservatezza «cessa di essere un diritto individuale [...] per assumere una dimensione sociale».

⁶⁰ In Italia, in realtà, come noto, solo molto tempo dopo l'introduzione delle prime tecnologie informatiche, dato che la prima legge organica è la l. 31 dicembre 1996, n. 675, sulla quale, per tutti, G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997; nonché M. G. LOSANO (cur.), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Roma-Bari, 2001.

⁶¹ Tanto che P. PASSAGLIA, [Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei social media, tra regole generali e ricerca di una specificità](#), in questa *Rivista*, [Studi 2016/III](#), 332 ss., indica questa «proliferazione di frontiere operative», insieme alla efficacia scemante degli strumenti giuridici di garanzia e alla incessante evoluzione tecnologica (e, più ampiamente, del contesto sociale), come una delle ragioni per le quali «trattare della privacy in rapporto alle nuove tecnologie è esercizio quanto mai arduo [...] giacché la multiformità degli ambiti interessati sarebbe tale da richiedere un esame grandangolare della disciplina della privacy».

⁶² Antecedentemente all'adozione della prima legge generale sulla privacy, infatti, non vi era un totale vuoto normativo, potendosi, al contrario, registrare una serie di sporadici interventi, pur sempre, però, di carattere episodico (o estemporaneo, come li qualifica G.M. SALERNO, *La protezione*, cit., 619), nell'ambito di discipline di settore, a tutela della riservatezza, i quali, a giudizio di P. COSTANZO, *La dimensione costituzionale della privacy*, in G.F. FERRARI (cur.), *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, Milano, 2008, 52, avrebbero rappresentato «figure sintomatiche» di un qualche riconoscimento del diritto in questione nella legislazione ordinaria. Per limitarci a qualche esempio, si può citare l'art. 4 della l. 20 maggio 1970, n. 300, il c.d. Statuto dei diritti dei lavoratori, in tema di controlli a distanza, o l'art. 9 del d. lgs. 6 settembre 1989, n. 322, che pone qualche garanzia di privacy nelle rilevazioni statistiche, od ancora l'art. 24 della l. 7 agosto 1990, n. 241, che annovera la riservatezza tra le possibili ragioni di limitazione del diritto di accesso. Mi sia consentito, per un'analisi di questi frammenti di tutela, rinviare a S. SCAGLIARINI, *La riservatezza*, cit., spec. 65 ss.

⁶³ Per un'analisi delle ragioni della sopravvenuta vetustà della disciplina precedente, v., *ex plurimis*, F. PIZZETTI, *Privacy*, cit., 36 ss., nonché 73 ss. per una sintesi del contenuto di quel corpus normativo.

⁶⁴ Nel seguito l'atto sarà citato anche con il suo acronimo inglese, invalso ormai nell'uso, di GDPR o, semplicemente, come Regolamento. Peraltro, questa connotazione in termini generali dell'atto non ne impedisce la specificazione in relazione a settori particolari, come previsto con la proposta di «Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE» (cd. Regolamento e-privacy) la quale, presentata nel 2017, ha ottenuto l'approvazione del Consiglio, avviando l'iter alla sua fase finale, nel febbraio del 2021. Per mera completezza, ricordo che l'Unione europea ha contribuito a definire il quadro complessivo del trattamento dei dati anche con l'adozione del *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 2018/1807 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea*.

sovranaZIONALE, che rinvia esplicitamente alla legislazione interna per determinati profili e in relazione ad alcuni ambiti specifici⁶⁵.

Non deve, peraltro, stupire che la regolazione in materia di protezione dei dati provenga (peraltro già da prima, con la direttiva 95/46/CE che il GDPR abroga) dalle Istituzioni dell'Unione, dato che, se è vero che trattiamo di situazioni soggettive fortemente condizionate dalla tecnologia (e norme proprio in vista dell'ulteriore, auspicato, sviluppo dell'economia digitale⁶⁶), è evidente che sarebbe illusorio e fuorviante qualunque tentativo di intervento regolatorio nazionale⁶⁷, laddove non vi è fenomeno più "mobile" e atipico della tecnologia⁶⁸, tanto più di quella connessa al mondo digitale ed alla rete internet.

Ebbene, nel merito dell'atto normativo, che ovviamente non mi è possibile ricostruire se non con il mero richiamo di alcune previsioni paradigmatiche, credo non vi sia dubbio sul fatto che il Regolamento si ispiri, almeno nelle intenzioni, ad una forte tutela per i diritti qui presi in esame, in tutte le facoltà ad essi ascrivibili che ho in precedenza cercato di enucleare, ed introduca strumenti importanti a loro garanzia, che tuttavia scontano anche criticità per nulla trascurabili.

Cercherò di dare conto di quanto sopra, evidenziando dapprima, con l'aiuto di qualche esempio che credo possa essere utile, i pregi che il GDPR può vantare come strumento a difesa dei diritti *de quibus*, per poi fissare l'attenzione sugli aspetti problematici di questa regolazione.

3.1. *Privacy e identità digitale nella normativa europea (ed integrativa nazionale)*

Il quadro ordinamentale vigente, composto, come si è detto, dall'atto generale di origine sovranazionale e dalle normative interne di integrazione, offre forme di garanzia in relazione ad entrambe le situazioni soggettive di nostro interesse, proseguendo in quella tutela congiunta di esse,

⁶⁵ Si legge infatti nel *Considerando* n. 10 che «Il presente regolamento prevede anche un margine di manovra degli Stati membri per precisarne le norme» e «non esclude che il diritto degli Stati membri stabilisca le condizioni per specifiche situazioni di trattamento». Su tale (anomala per il tipo di fonte) caratteristica del Regolamento, si veda L. CALIFANO, *Il Regolamento*, cit., 17 ss.; nonché, volendo, S. SCAGLIARINI, *Dal "vecchio" al "nuovo" Codice della privacy*, in ID. (cur.), *Il "nuovo" Codice in materia di protezione dei dati personali*, Torino, 2019, 1 ss., anche per ulteriori riferimenti normativi e dottrinari.

⁶⁶ Come dimostrato, a tacer d'altro, dal *Considerando* n. 7 del GDPR, ove si parla della «importanza di creare il clima di fiducia che consentirà lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno» e dall'art. 1, paragrafo 3, che conferma la doppia anima dell'atto normativo, volta a garantire anche la *libera circolazione* dei dati. Questo aspetto di novità è posto in evidenza da C. COLAPIETRO, *Il diritto*, cit., 45, che sottolinea il conseguente passaggio da una tutela fondamentalmente statica e negativa ad una dinamica, coerente con la realtà dell'interconnessione globale.

⁶⁷ L'osservazione è unanimemente condivisa: per tutti, v. P. PASSAGLIA, *Privacy*, cit., 334. Ricordo, per inciso, che una regolazione a livello internazionale per la protezione dei dati è alquanto risalente. Già il 28 gennaio 1981, infatti, veniva adottata, in seno al Consiglio d'Europa, la Convenzione n. 108 (su cui v., per esempio, G. BUQUICCHIO, *Aspetti internazionali della protezione dei dati: il ruolo svolto dal Consiglio d'Europa*, in N. MATTEUCCI (cur.), *Privacy*, cit., 67 ss.), la quale significativamente interveniva proprio, alla luce del mutato quadro tecnologico per la «protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale». La Convenzione in parola, peraltro, è stata oggetto di un Protocollo di emendamento approvato il 10 ottobre 2018 (ratificato dall'Italia con la l. 22 aprile 2021, n. 60), al fine di renderla più adeguata ad un contesto così diverso da quello per il quale era stata originariamente elaborata, peraltro seguendo la falsariga del Regolamento UE.

⁶⁸ Il rilievo circa la natura atipica della tecnologia emerge, come ovvio, da tempo; rinviamo, in ogni caso, per tutti, alle pagine di N. IRTI, *Norme e luoghi*, Roma-Bari, 2001, spec. 61 ss. Con specifico riferimento alla necessità di un intervento sovranazionale nell'ambito di nostro interesse, si vedano, di recente, le osservazioni di L. CHIEFFI, *La tutela della riservatezza dei dati sensibili: le nuove frontiere europee*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, *Innovazione*, cit., 205.

che, almeno nel nostro Paese, si ritrova fin dalla prima legislazione in materia⁶⁹ e che trae fondamento nella contiguità delle stesse cui accennavo in apertura di queste note.

(A) Anzitutto, per quanto riguarda il profilo della protezione dei dati, appare evidente come la tutela di esso costituisca l'oggetto stesso dell'atto normativo e sia, pertanto, *in re ipsa*. Volendo citare solo qualche esempio delle garanzie che il Regolamento offre al riguardo, si possono richiamare, tra i principi fondamentali enunciati dall'art. 5 del GDPR (ma che assumono una valenza trasversale nel contesto complessivo dell'atto)⁷⁰: 1) il principio di liceità del trattamento, per cui si può procedere ad una qualunque operazione sui dati soltanto ove vi sia una base giuridica, tra quelle indicate negli articoli 6 (in generale), 9 (per i dati particolari) e 10 (per i dati giudiziari) del GDPR⁷¹, che costituisca un titolo idoneo per procedervi⁷²; 2) il principio di minimizzazione, in forza del quale andranno trattati i soli dati adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario per il perseguimento delle finalità indicate dal titolare, incorporando le esigenze di protezione in parola fin dalla progettazione di un qualunque processo che comporti un trattamento di dati, così da ridurre al minimo il ricorso ad essi (la c.d. *privacy by design* e *by default* di cui all'art. 25 del medesimo atto normativo⁷³); 3) il principio di trasparenza, il quale non solo impone che l'interessato sia reso edotto del trattamento dei suoi dati, ma stabilisce altresì l'obbligo di informarlo adeguatamente circa le operazioni che su questi vengono svolte, la durata e le modalità delle stesse, nonché la possibilità di esercitare i diritti ad esso conferiti dal Regolamento (artt. 13 e 14 GDPR⁷⁴); 4) il principio di responsabilizzazione (o *accountability*), che rappresenta la cifra caratteristica e il *fil rouge* che percorre, in filigrana, l'intero testo normativo, al fine di valorizzare il ruolo del titolare, chiamato a svolgere, prima di iniziare il trattamento e già, come ho testé ricordato, dalla fase di progettazione di questo, un'attenta analisi, anche attraverso alcuni strumenti, come per esempio la valutazione di impatto, cui farò cenno più avanti, o la tenuta del registro od ancora la nomina di un Responsabile per la protezione dei dati⁷⁵, sui rischi per i diritti e le libertà degli interessati derivanti

⁶⁹ Già l'art. 1, comma 1, della l. n. 675 del 1996 (ripreso in realtà anche dall'art. 2 del d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, nella sua versione originaria), infatti, affermava che «la presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale» (corsivo mio). In dottrina, per un commento su questi aspetti, G. SANTANIELLO, *Il sistema delle garanzie della privacy (profili introduttivi)*, in A. LOIODICE, G. SANTANIELLO (cur.), *La tutela della riservatezza*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXVI, Padova, 2000, spec. 8, ove l'A. rileva come «la compresenza di queste due sfere di interessi [...] fa del diritto sui dati personali un *novum*, in cui si saldano pretese di segno negativo (rivolte a impedire, a non far conoscere ad altri) e pretese di segno positivo (indirizzate a far fare, a far conoscere in un certo modo); e G. B. FERRI, *Privacy, libertà di stampa e dintorni*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCOVICH, *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, spec. 49 ss.

⁷⁰ Sul tema, in generale, si vedano, tra i tanti, il commento di M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (cur.), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 179 ss.

⁷¹ Eventualmente integrato dalla legislazione nazionale, ove la base giuridica si rinvenga in un obbligo legale o nell'esecuzione di un compito di pubblico interesse. Nel nostro ordinamento, sul punto, si vedano per esempio le previsioni di cui agli artt. 2/ter, 2/sesties e 2/octies del Codice privacy come novellato, da ultimo, dal d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101 per adeguarlo al mutato quadro europeo.

⁷² Su tale principio, per tutti, v. F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità*, in G. FINOCCHIARO (cur.), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, 101 ss.

⁷³ Per un approfondimento sul punto, tra i tanti, v. F. SARTORE, *Privacy-by-design, l'introduzione del principio nel corpus del GDPR*, in R. PANETTA (cur.), *Circolazione*, cit., 295 ss.

⁷⁴ Rispetto ai quali F. PIZZETTI, *Privacy*, cit., 270 ss., evidenzia come la distinzione che, con riferimento all'informativa, viene fatta tra interessati adulti e minori lascia percepire più di ogni altra previsione il concetto forte di trasparenza adottato dal GDPR. Per inciso, è d'uopo osservare che al medesimo principio può essere direttamente ricondotto (almeno) anche il diritto di accesso disciplinato dall'art. 15 del Regolamento.

⁷⁵ La nomina del *Data Protection Officer* è considerata misura a garanzia dell'*accountability*, per esempio, da L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il Regolamento privacy europeo*, Milano, 2016, 330.

dal trattamento⁷⁶. Su quest'ultimo punto, peraltro, merita di essere ricordato come, in alcuni casi (si pensi per esempio alle ipotesi in cui la base giuridica è data da un legittimo interesse⁷⁷) il titolare sia chiamato a svolgere un vero e proprio bilanciamento tra l'interesse al trattamento e quelli contrapposti dei soggetti cui i dati si riferiscono⁷⁸, onde individuare quello prevalente. Fermo restando che, in ogni caso, dalla responsabilizzazione discendono tanto l'obbligo di predisporre misure di sicurezza proporzionali e adeguate al livello di rischio, quanto un (almeno per molte ipotesi ed in linea teorica⁷⁹) severo apparato sanzionatorio, nel quale l'entità della "pena" fa da contraltare alla fiducia riposta nel corretto operare del titolare.

Ma anche l'autodeterminazione informativa è un profilo della cui tutela la normativa eurounitaria si fa carico, non solo in via indiretta, giacché attraverso il controllo sui propri dati evidentemente si impedisce anche che il flusso di informazioni in entrata avvenga senza regola alcuna, ma anche in via diretta, come oggetto principale di talune previsioni. Si pensi, ad esempio, all'art. 21 del GDPR, che disciplina il diritto di opposizione (con previsioni specifiche in tema di comunicazioni per finalità di marketing) od all'art. 130 del Codice della privacy, che appresta una tutela per il caso di comunicazioni indesiderate, quale fenomeno tipico di (sempre più facile) ingerenza tecnologica sulla riservatezza personale.

(B) Il Regolamento europeo, nonostante il titolo non vi faccia riferimento, contiene tuttavia, come dicevo, anche norme a garanzia dell'identità personale.

In questo contesto, per esempio, il divieto di profilazione, sancito dall'art. 22 del GDPR, è volto, tra l'altro, anche a proteggere l'identità in rete, evitando quella frammentazione che potrebbe ingenerare ricostruzioni parziali e, per ciò solo, inesatte della personalità individuale⁸⁰. Ma, a ben vedere, anche il complesso di norme, tese a garantire che i dati siano integri, corretti ed aggiornati, è indirizzato a scongiurare il rischio che, da informazioni non (del tutto) esatte, possa essere travisata l'identità dell'interessato. Si vedano, in questo senso, le disposizioni sul diritto di rettifica (art. 16 del GDPR)⁸¹ o su quello di limitazione del trattamento⁸², specialmente allorché sia esercitato nelle

⁷⁶ Senza pretesa di completezza, al principio di *accountability*, oltre a quanto indicato nel testo, possono essere ricondotte almeno anche le previsioni del GDPR sugli obblighi in caso di contitolarità (art. 26), sulla nomina di un Responsabile del trattamento (art. 28), sulle notifiche e comunicazioni in caso di *data breach* (artt. 33 e 34), sulle certificazioni e i codici di condotta (artt. 40-43), nonché, *last but not list*, sulla *privacy by design*, cui ho già fatto cenno, ma sulla quale tornerò brevemente più avanti nel testo.

⁷⁷ Per indicazioni su questo specifico *balancing test*, v., ad esempio, L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il Regolamento*, cit., 297 ss.

⁷⁸ Tanto che, al riguardo, F. BRAVO, *Il consenso*, cit., 176, legge nel GDPR l'emersione di un vero e proprio diritto a trattare i dati altrui laddove sussistano interessi meritevoli. In ottica analoga, C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali*, cit., 87, sottolineano come il GDPR non si ponga più nella prospettiva della mera protezione dell'interessato attraverso l'esclusione da interferenze altrui, bensì si indirizzi verso una tutela dinamica che segue il dato nella sua libera circolazione, quale obiettivo di non minore portata perseguito dal testo normativo.

⁷⁹ Giacché come si ricava dalla *Risoluzione del Parlamento europeo del 25 marzo 2021 sulla relazione di valutazione della Commissione concernente l'attuazione del regolamento generale sulla protezione dei dati due anni dopo la sua applicazione (2020/2717(RSP))*, forte sembra sia la difformità decisionale tra le singole Autorità nazionali (talora, come nel caso di quella irlandese, territorialmente competente sulla maggior parte delle multinazionali operanti in rete, propense più ad utilizzare poteri correttivi che sanzionatori) sia la difficoltà, lamentata unanimemente dagli stessi Garanti, a svolgere tutte le funzioni loro assegnate, per carenza di risorse umane e strumentali. Proprio rispetto a quest'ultima criticità, peraltro, la Risoluzione parlamentare suggerisce, al punto 16, l'introduzione di una tassa europea sul web, i cui introiti potrebbero concorrere a finanziare le funzioni di controllo.

⁸⁰ Lo evidenzia O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, *Innovazione*, cit., 573, cui rinvio anche per un'ampia disamina dei precedenti normativi sul punto e per la sottolineatura delle novità recate dal GDPR.

⁸¹ Per un approfondimento del tema, v. F. CALISAI, *I diritti dell'interessato*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (cur.), *I dati personali*, cit., 344 ss., che ricollega appunto all'effettività di tutela per l'identità personale il diritto *de quo*.

more della verifica sull'esattezza dei dati (art. 18, par. 1, lett. a) del GDPR), od ancora l'obbligo di notifica ai destinatari che l'art. 19 del Regolamento pone a carico del titolare, qualora venga esercitata una delle due facoltà di cui sopra.

Nemmeno il diritto all'oblio, peraltro, è trascurato dal legislatore europeo, che anzi ad esso dedica una disposizione specifica, la quale reca la dizione "diritto all'oblio" già in rubrica, e cioè l'art. 17⁸³, ove si afferma, invero con una formulazione assai più *soft* di quanto la proposta inizialmente presentata lasciasse presagire⁸⁴, sia il diritto per l'interessato di chiedere ed ottenere la cancellazione dei propri dati sia l'obbligo per il titolare di procedere in tal senso "d'ufficio", vuoi in conseguenza dell'esercizio di altri diritti (come la revoca del consenso o l'opposizione a trattamenti basati sul legittimo interesse), vuoi in ulteriori circostanze specificate dal testo normativo, come il caso in cui i dati non siano più necessari per le finalità del trattamento. Peraltro, la stessa disposizione non trascura nemmeno l'aspetto della deindicizzazione, cui anzi è dedicato il secondo paragrafo, ove è stabilito l'obbligo per il titolare, che debba procedere alla cancellazione, di adottare misure ragionevoli, sulla base della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione⁸⁵, ad «informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali».

Insomma, il Regolamento europeo, facendo sistema con le normative nazionali, ambisce oggi ad ergersi quale strumento di protezione generale e sistematica di situazioni soggettive così strettamente legate, che il livello di garanzia dell'una si riverbera inevitabilmente sulla concreta possibilità di adeguata tutela per l'altra.

Ma, pur con questo indubbio merito, il GDPR è davvero uno strumento pienamente efficace di difesa per le situazioni soggettive al nostro esame nel contesto dell'innovazione tecnologica, in special modo digitale?

Temo di no, per due ordini di ragioni, che cercherò di argomentare.

3.2. La (parziale) insufficienza della tutela a livello "micro"...

Un primo elemento di debolezza della normativa vigente in materia di protezione dei dati (e dintorni) attiene alla sua effettiva capacità di tutela a livello "micro", ovvero nei quotidiani e per così dire ordinari rapporti giuridici, perlopiù bilaterali, aventi ad oggetto un trattamento di dati, che

⁸² Osserva, in questa ottica, G. CRISTOFARI, *Il diritto alla limitazione del trattamento*, in R. PANETTA (cur.), *Circolazione*, cit., 216, come il ricorso a questo diritto «dovrebbe aumentare contestualmente alla consapevolezza di ogni persona riguardo al controllo dei propri dati nel *processo di costruzione della propria identità digitale*» (corsivo mio).

⁸³ Su cui, ampiamente, M. A. LIVI, *Quale diritto*, cit., spec. 80 ss., la quale tra l'altro sottolinea come la rubrica sembri in realtà confondere i due concetti di cancellazione e oblio, laddove invece la prima non realizza necessariamente solo il secondo né questo può essere soddisfatto solo dalla prima. La necessità della distinzione tra i due termini è argomentata anche da E. STRADELLA, *Cancellazione e oblio: come la rimozione del passato, in bilico tra tutela dell'identità personale e protezione dei dati, si impone anche nella rete, quali anticorpi si possono sviluppare, e, infine, cui prodest?*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2016, spec. 15 ss.

⁸⁴ La proposta originaria, infatti, prevedeva, tra l'altro, che il titolare informasse tutti i destinatari cui aveva comunicato i dati, della richiesta di cancellazione pervenuta, affinché provvedessero di conseguenza. La portata dirompente che il testo originario avrebbe potuto avere è posta in luce da F. PIZZETTI, *Il prisma*, cit., 57 ss.; nonché da M. SIANO, *Il diritto all'oblio in Europa e il recente caso spagnolo*, in F. PIZZETTI (cur.), *Il caso*, cit., spec. 126 ss., cui rinvio per una dettagliata analisi del contenuto di quella formulazione normativa.

⁸⁵ Si osservi, per inciso, come il richiamo alla tecnologia disponibile, se può essere letto come limite volto ad evitare imposizioni troppo gravose a carico del titolare (così, aderendo alla lettura decisamente più diffusa, per esempio A. BERTI SUMAN, *Il diritto alla cancellazione*, in R. PANETTA (cur.), *Circolazione*, cit., 212), può però rappresentare anche, al contrario, una clausola aperta, attraverso cui il GDPR, introducendo una sorta di "rinvio mobile" alle future evoluzioni tecniche, consente di mantenere un rapporto di proporzionalità, anche in senso più tutelante per l'interessato, tra gli obblighi del titolare e il progresso informatico, riducendo le conseguenze della propria inevitabilmente rapida obsolescenza (spunti in tal senso in L. DURST, *Oggetto e finalità*, *ivi*, 50).

si svolgono in un fisiologico contesto di mercato tra un titolare ed un interessato chiaramente identificati.

La tutela apprestata dal GDPR, infatti, nonostante l'atto normativo sia fondamentalmente improntato a criteri sostanziali⁸⁶ per garantire un'effettiva garanzia in concreto, come la valorizzazione del principio di *accountability* del titolare sembra dimostrare sopra ogni altro esempio⁸⁷, nei fatti presta però in alcuni casi il fianco a pratiche elusive, che possono essere poste in essere anche con stratagemmi (nemmeno troppo complessi) di carattere formale. Mi limito a due esempi, che mi paiono significativi di come la tutela offerta da due principi fondamentali, quali quello di legittimità e di minimizzazione, possa essere obliterata senza soverchi problemi.

Mi riferisco, anzitutto, all'istituto del consenso, che, se, nelle intenzioni del legislatore, rappresenta uno strumento, quando non il principale, di realizzazione dell'autodeterminazione informativa dell'interessato, si presta nella realtà ad essere utilizzato (anche) come la chiave di volta per eludere diverse tutele previste dal Regolamento. Si ponga, ad esempio, l'attenzione a quante garanzie possono essere facilmente rimosse semplicemente ove consti, appunto, il consenso dell'interessato, anche in relazione a profili che pure sono ritenuti particolarmente rischiosi nella valutazione del legislatore: è così per il divieto di trattamento delle categorie particolari di dati, oltre che per quello di profilazione⁸⁸ e finanche in relazione al trasferimento di dati al di fuori dell'Unione europea. Laddove, peraltro, in queste ultime due ipotesi il consenso in questione può anche essere ricompreso in quello più ampio contrattuale, nel caso in cui il trattamento in parola sia funzionale all'esecuzione di un accordo negoziale.

Certo, il GDPR circonda il consenso di diverse garanzie⁸⁹. Così, anzitutto, l'art. 4 del Regolamento richiede, per la sua validità, una manifestazione di volontà "inequivocabile", e quindi non ricavabile da meri fatti concludenti, seppure esprimibile non soltanto mediante dichiarazioni, ma anche attraverso azioni positive. Il che, peraltro, a mio giudizio, rende priva di una effettiva capacità di assicurare una tutela più intensa la previsione di un consenso in forma "esplicita", introdotta con riferimento ai trattamenti maggiormente rischiosi di cui ho testé parlato, specialmente se si ammette, come mi pare corretto, che questo aggettivo non escluda forme diverse da quella della dichiarazione scritta⁹⁰. Il consenso deve poi essere libero, non potendo essere condizionato dal

⁸⁶ Rilevano al riguardo G. BUSIA, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Nota introduttiva*, in ID. (curr.), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, Roma, 2017, 12 come «la vera rivoluzione che il Regolamento comporta non è tanto nel dato normativo [...] quanto nell'approccio che necessariamente dovranno adottare coloro che fondano la propria attività [...] sul trattamento dei dati personali», il quale deve ispirarsi ad una attenzione per gli interessi sostanziali sottesi all'attività di trattamento ed in particolare all'effettivo livello di rischio per i diritti e le libertà degli interessati, per come nel caso specifico vengono in rilievo.

⁸⁷ Questo elemento di novità del Regolamento è valorizzato in particolare da L. CALIFANO, *Il Regolamento*, cit., 34 ss. Più in generale, sull'approccio sostanzialistico del GDPR, come precipitato dell'impostazione per principi dotati di elasticità interpretativa, v. C. COLAPIETRO, *Il diritto*, cit., spec. 88 ss.

⁸⁸ Su cui si vedano i rilievi critici di L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il Regolamento*, cit., 274, ove gli AA. sottolineano come l'ammissione di deroghe fondate sul consenso non valorizza adeguatamente la posizione di parte debole dell'interessato.

⁸⁹ Sulla disciplina del consenso nel Regolamento 679/2016, anche in confronto alla previgente disciplina, v. L. CALIFANO, *Il Regolamento*, cit., 47 ss., ove l'A. esplicita anche alcune ragioni che rendono parziale la tutela offerta dall'istituto in parola, pur leggendo (seppure a mio avviso con eccessivo ottimismo, per le ragioni che dirò a breve nel testo) nelle disposizioni sulla responsabilizzazione del titolare il meccanismo compensativo per completare questa (inevitabile) lacuna. Con riferimento ai limiti in concreto che il consenso sconta come mezzo di garanzia dell'autodeterminazione informativa, si vedano, tra gli altri, i rilievi di C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali*, cit., 115 ss.; e F. BRAVO, *Il consenso*, cit., spec. 157 ss.

⁹⁰ In questo senso L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il Regolamento*, cit., 224. In tema anche S. F. GIOVANNANGELI, *L'informativa agli interessati e il consenso al trattamento*, in R. PANETTA (cur.), *Circolazione*, cit., 117, la quale ricava dall'enunciato normativo l'ammissibilità della forma orale con esclusione dei fatti concludenti. Sennonché, questi ultimi sono già inammissibili, in radice, alla luce della definizione generale di consenso fornita dall'art. 4, di modo che la vera questione è se un'azione positiva espressamente rivolta al suo rilascio possa dirsi valida: il che, a mio avviso, non può essere negato.

rischio di subire pregiudizi nel caso in cui non venga prestato, ed informato, grazie in particolare alle indicazioni che il titolare deve fornire in occasione della sua acquisizione, senza contare che esso deve poter essere revocabile con la stessa facilità con cui è stato accordato. Se ne potrebbe, perciò, concludere che chi non abbia colpevolmente utilizzato gli strumenti conoscitivi posti a sua disposizione dalla normativa non potrebbe che imputare a se stesso eventuali limitazioni non previste della sua riservatezza.

Senonché, uno sguardo alla pratica concreta dei rapporti quotidiani sembra dimostrare come, almeno in alcune – e nemmeno poche – situazioni, l'idea che realmente l'interessato possa autorizzare un trattamento solo con piena consapevolezza si scontra con una realtà che lo rende di fatto impossibile per le più svariate ragioni. Tra esse, si può pensare quanto meno alla tempistica dei rapporti non compatibile con un'adeguata istruttoria dei profili connessi alla protezione dei dati, alla difficoltà per l'interessato di comprendere realmente, sia sotto il profilo giuridico che soprattutto tecnico-informatico, il significato dell'informativa⁹¹ fino alla sostanziale infungibilità del servizio in relazione al quale il consenso al trattamento è richiesto⁹². In questa direzione, del resto, sembrano indirizzarsi anche i primi risultati di una interessante ricerca empirica, la quale «evidenzia come anche coloro che dichiarano di aver interesse per la protezione dei propri dati personali [...] di regola non prestano attenzione o, in ogni caso, prescindono dall'informativa sulla *privacy*, anche in un ambiente non naturale (l'esperimento) ove i soggetti sono espressamente richiesti di eseguire il compito»⁹³. Per conseguenza, questo strumento si dimostra in grado di approntare una protezione puramente formale⁹⁴, al pari della specifica sottoscrizione di alcune clausole contrattuali di civilistica memoria⁹⁵, che si risolve in una tutela destinata a rimanere sulla carta, quando addirittura non si ritorce a danno dello stesso interessato, ove questi sia convinto, attraverso il consenso, di avere eliminato ogni possibilità di lesione della propria sfera giuridica⁹⁶. Né può ritenersi, a mio

⁹¹ La necessità di una funzione informativa complementare da parte dei pubblici poteri per superare i limiti del consenso connessi alla difficoltà di questo istituto di realizzare, in concreto, una reale autodeterminazione informativa, è posta in evidenza da C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali*, cit., 120.

⁹² Ancor più netta la posizione di G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 92, la quale afferma che «l'antica tutela della *privacy*, *consent based*, assistita dalle garanzie dell'autonomia e della consapevolezza, non è più utilmente invocabile. Entrambi questi attributi si sono sbriciolati dinanzi ad assenti estorti con la coercizione psicologica di negare il servizio digitale a chi si fosse rifiutato di cedere i dati o li avesse ceduti senza cognizione di causa nell'ignoranza piena delle finalità del loro impiego».

⁹³ Testualmente, L. GATT, R. MONTANARI, I. A. CAGGIANO, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Pol. dir.*, 2017, 374, ove gli AA. osservano anche come «il riscontrato atteggiamento verso la lettura o consultazione dell'informativa [...] può indurre a considerare come il miglioramento delle modalità di redazione e della chiarezza dell'informativa, che pure rappresenta un costante obiettivo delle politiche comunitarie e nazionali anche attraverso le autorità di controllo, ragionevolmente non sia destinata a produrre significativi cambiamenti nel grado di consapevolezza degli utenti». Peraltro, per quanto gli AA. precisino, con rigore scientifico, che i risultati sono ancora parziali e provvisori, ci sono a mio avviso tutte le premesse per pensare che essi non si discosteranno da quelli definitivi.

⁹⁴ Analogamente, scrive G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in EAD. (cur.), *Il nuovo Regolamento*, cit., 3, che «certamente non può soddisfare un sistema basato su un consenso che spesso è vuoto di effettivo significato» di modo che «si tratta di un modello sotto il profilo teorico centrato sull'autodeterminazione, che tuttavia spesso manca dei presupposti sui quali dovrebbe basarsi».

⁹⁵ Mi riferisco alla previsione di cui all'art. 1341 cod. civ., che per lungo tempo è stato l'unico argine di fronte a clausole vessatorie, ma che non ha mai offerto alcuna reale tutela, in quanto la seconda firma per accettazione specifica veniva (e viene) apposta senza una particolare consapevolezza e, in ogni caso, il più delle volte senza che in concreto vi sia comunque alcuna effettiva possibilità di rinegoziare le condizioni contrattuali imposte.

⁹⁶ Così L. GATT, R. MONTANARI, I. A. CAGGIANO, *Consenso*, cit., 376, secondo i quali vanno rilevati oggettivi «limiti del *consenso* preventivo sia perché reso inconsapevolmente sia perché – anche quando è reso consapevolmente – non si traduce in un effettivo impedimento alla dannosità del trattamento per la persona dell'utente, dannosità che continua a potersi verificare. Al contrario, la prestazione del consenso potrebbe avere un effetto distortivo perché esso viene prestato senza che l'utente abbia cognizione degli strumenti di tutela *ex post*

avviso, che l'esistenza di un'Autorità pubblica di controllo, con ampi poteri di intervento, o il fatto che il consenso non sia l'unica fonte di legittimità del trattamento spostino i termini del problema o compensino quanto detto finora, giacché non viene meno la considerazione che ci sono ipotesi in cui, senza violare in alcun modo la normativa, il consenso, essendo acquisito in circostanze fattuali che ne impediscono una reale efficacia protettiva per l'interessato, si rivela una garanzia facilmente eludibile⁹⁷. Neppure i vari istituti riconducibili al principio di *accountability*, visti in precedenza, possono dirsi tali da arginare le problematiche evidenziate, giacché, nella realtà dei fatti, la loro reale efficacia è piuttosto dubbia, in quanto essi presuppongono una buona dose di fiducia nella loro effettiva e conforme realizzazione da parte di un titolare consapevole (dei rischi e delle esigenze di tutela) e davvero intenzionato a porvi un qualche limite.

Le critiche, però, non possono essere circoscritte al solo consenso.

Lo stesso principio di minimizzazione, pur di grande valore ideale, non rappresenta una seria barriera a protezione dei dati, almeno nel contesto dell'economia digitale. E questo perché, il più delle volte, al fornitore del servizio non interessa tanto acquisire una mole ingente di dati in sede di adesione alla proposta contrattuale (sicché egli può tranquillamente adeguarsi a tale principio), quanto piuttosto accumulare quelli che, derivando dall'utilizzo effettivo del servizio fornito, possono descrivere il comportamento dell'utente ed hanno perciò ben maggior valore economico⁹⁸. D'altra parte, specialmente nel mercato digitale, l'utente avverte una necessità (seppure putativa, in molti casi) di determinati servizi, che lo spinge facilmente ad acconsentire a qualunque trattamento ed a fornire qualunque dato pur di ottenerli, specialmente laddove possa conseguire il risultato gratuitamente. Così che i dati, come ormai ben noto a chi abbia un minimo di sensibilità su questi temi, divengono in realtà il vero corrispettivo negoziale⁹⁹ e l'interessato, degradato da persona a

ed anzi sulla base della convinzione che la sola concessione del consenso elimini *a priori* la possibilità stessa di una lesione» (corsivi testuali).

⁹⁷ Analogamente F. BRAVO, *Il consenso*, cit., spec. 138 ss., il quale sottolinea come questa impostazione non sia casuale, ma risponda al preciso disegno, già evidenziato, di fare della protezione dei dati solo uno degli interessi in gioco, al pari, tuttavia, della libera circolazione degli stessi, di modo che si crea «un sistema di selezione degli interessi volto a garantire le nuove esigenze socio-economiche, *dettate dall'evoluzione tecnologica* [...], nel quale l'esigenza di tutela del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali finisce per perdere, nella sostanza (anche se non ancora nella forma), quella centralità che dovrebbe consegnargli l'applicazione del principio personalista».

⁹⁸ Dei *Big data* come «il nuovo asset delle imprese operanti in rete» parla G. DE MINICO, *Big Data*, cit., 90; nonché M. C. MENEGHETTI, *Trasferimenti di dati personali verso Paesi terzi o organizzazioni internazionali*, in G. FINOCCHIARO (cur.), *Il nuovo Regolamento*, cit., 427, la quale icasticamente afferma che «il dato è materia prima, moneta di scambio e prodotto finale al tempo stesso».

⁹⁹ Si tratta di una lettura diffusa in dottrina: v., ad esempio, P. COSTANZO, *Note minime in tema di tutela dei dati personali in internet e privacy enhancing technologies*, in *Studi in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, 289 ss.; nonché, più di recente, A. DE FRANCESCHI, *Il "pagamento" mediante dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (cur.), *I dati personali*, cit., 1381 ss.; e G. DE MINICO, *Big Data*, cit., 102, la quale osserva sul punto come «il rapporto contrattuale continua a essere sinallagmatico solo che il corrispettivo contro il servizio digitale non è il denaro, ma la cessione in blocco dei dati alla controparte». Del resto, nella dottrina civilistica da tempo vi è chi ha portato l'attenzione su tale processo di mercificazione, in ragione dell'assimilazione del potere di controllo sui dati personali alle situazioni possessorie e proprietarie, e, per tale via, alla funzionalizzazione della «disciplina del trattamento alla tutela di poteri di disposizione dei dati piuttosto che alla tutela della persona umana» (F. G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, 146). Parte della letteratura economica, tuttavia, contesta questa conclusione, sostenendo che non ci sia affatto scambio economico, essendo i dati (e le relative informazioni incorporate) semplicemente connaturati all'uso della piattaforma stessa (cfr., tra molti, I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 38, n. 4/2015, 473 ss.). Il che, peraltro, in termini giuridici, non farebbe certo venir meno l'esigenza di protezione e quindi in sostanza nulla cambia rispetto al discorso che andiamo svolgendo.

oggetto da cui estrarre il maggior numero possibile di informazioni¹⁰⁰, diviene il prodotto stesso al centro dell'operazione negoziale.

L'entusiasmo con cui è stata accolta dalla generalità dei consociati l'app Io¹⁰¹, al di là del giudizio che possa darsi all'iniziativa del “cashback di Stato”, in occasione della quale è stata lanciata, pare dimostrare la facilità con cui, a fronte di benefici economici anche di modesta entità, vi sia una generalizzata pronta disponibilità a rinunciare ai propri dati senza porsi scrupoli eccessivi¹⁰². La realtà ci dimostra, insomma, che l'interessato, spesso, rappresenta, sì, una vittima degli operatori del mercato digitale, ma che al contempo, manifestando una sorta di sindrome di Stoccolma, si lega con (più o meno deliberato) consenso al soggetto che pure pone a rischio di compromissione tanto la sua riservatezza quanto la sua identità digitale¹⁰³.

È ben vero che quanto siamo andati dicendo sinora si pone come un problema eminentemente culturale, che in quanto tale richiede misure che operano sullo stesso piano, da cui anche le numerose campagne informative meritoriamente portate avanti dalle Autorità di controllo, ivi incluso il Garante per la protezione dei dati personali italiano. Né va sottaciuto che il GDPR offre pur sempre una forma di tutela, che non può essere trascurata. Ma ciò non toglie che queste garanzie si rivelino non sempre e non del tutto adeguate, prestando così il fianco a qualche primo rilievo critico sulla loro effettiva e generalizzata efficacia.

3.3. ... e la sua strutturale inefficacia a livello “macro”

Le criticità che abbiamo rilevato sinora attengono al funzionamento del GDPR come presidio a tutela di privacy e identità personale a livello “micro”, ovvero quando si verte nell'ambito di rapporti, perlomeno bilaterali, tra soggetti determinati ed il titolare del trattamento è una realtà di dimensioni, più o meno ampie, ma comunque pur sempre giuridicamente “aggregevoli”.

¹⁰⁰ Secondo quanto scrive, in modo del tutto condivisibile, C. COLAPIETRO, *Il diritto*, cit., 35. Analogamente B. ROMANO, *Civiltà dei dati. Libertà giuridica e violenza*, Torino, 2020, 83, afferma che «la merce della rete digitale è costituita dai dati, in modo più specifico dalla loro estrazione e dal loro trattamento, che, considerata la enorme massa degli elementi da trattare, necessita della programmazione e dell'operatività di complessi algoritmi, capaci di filtrare i dati considerati utili e di trattarli con software ed hardware idonei a che se ne possa trarre un profitto, un accrescimento misurabile con il *quantum* del denaro» (corsivi testuali). In prospettiva economica, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* [2019], trad. it. di P. Bassotti, Roma, 2019, 17 ss., chiarisce come «il capitalismo della sorveglianza si appropria dell'esperienza umana usandola come materia prima da trasformare in dati sui comportamenti. Alcuni di questi dati vengono usati per migliorare prodotti o servizi, ma il resto diviene il *surplus comportamentale* privato, sottoposto a un processo di lavorazione avanzata noto come “intelligenza artificiale” per essere trasformato in *prodotti predittivi*» (corsivi testuali). L'Autrice peraltro rileva come in questa nuova forma di sorveglianza (e di mercato) «lo sfruttamento dell'esperienza umana non basta»; invero, «le materie prime più predittive si ottengono» non più soltanto analizzando i dati prodotti ma «intervendendo sulle nostre esperienze per orientare il nostro comportamento a favore degli obiettivi economici» dei c.d. capitalisti della sorveglianza. Tanto che «i nuovi protocolli automatizzati sono progettati per influenzare e modificare il comportamento umano, per renderlo un mezzo di produzione subordinato a *mezzi di modifica del comportamento* sempre nuovi e più complessi» (corsivo testuale).

¹⁰¹ Significativamente superiore a quello registrato per l'app Immuni: cfr., per questa notizia, F. BINI, *App: Io batte Immuni: così il cashback ha spinto i download molto più dell'emergenza sanitaria*, ne *La Repubblica*, 10 dicembre 2020.

¹⁰² Che d'altra parte ben sarebbero stati giustificati, visto che proprio, tra l'altro, per la condivisione di dati con Google e Mixpanel alcuni trattamenti di dati svolti tramite l'app sono stati limitati in via d'urgenza con provvedimento del Garante per la protezione dei dati n. 230 del 9 giugno 2021 ([doc. web n. 9668051](#)), poi revocato, limitatamente a Google, con il provvedimento n. 242 del 16 giugno 2021 ([doc. web n. 9670061](#)) a seguito dell'adozione di misure correttive.

¹⁰³ Sottolinea al riguardo G. DE MINICO, *Big Data*, cit., 90, come i Big data nascono per la noncuranza con cui «lasciamo cadere frammenti della nostra identità, che raccolti e riorganizzati da chi verrà dopo comporranno il patrimonio virtuale della sua attività d'impresa».

Il discorso muta, però, e non certo in direzione meno problematica, quando, in ragione del pervasivo sviluppo delle tecnologie digitali e, specialmente, della rete e dei *social network*¹⁰⁴, diventa possibile disporre di ingenti masse di dati (i *Big data* cui ho fatto più volte riferimento), che conferiscono ai detentori straordinarie capacità conoscitive, grazie specialmente alla possibilità di elaborare queste informazioni facendo ricorso a più o meno complesse operazioni matematiche – i famigerati algoritmi – con i quali estrapolare previsioni sul comportamento di individui, previamente suddivisi in *cluster* sulla base dei criteri più variegati, per finalità vuoi di propaganda politica, vuoi di natura commerciale, bersagliandoli di proposte mirate su temi e prodotti di prevedibile (e previsto) interesse.

L'uso dei *Big Data*, in sé, può aprire, beninteso, grandi opportunità¹⁰⁵. Basti pensare all'utilità che essi possono avere per l'Amministrazione Pubblica¹⁰⁶, che ne faccia uso per il perseguimento di finalità di pubblico interesse, come, per fare qualche esempio banale, allorché vengano analizzati dati sui flussi di traffico per la programmazione di infrastrutture e per la progettazione di politiche ambientali, o quelli sulle abitudini di consumo alimentare per finalità di informazione, prevenzione e programmazione in ambito sanitario¹⁰⁷.

Queste masse di dati, tuttavia, hanno anche una forza intrusiva senza precedenti rispetto alle situazioni soggettive di cui ci andiamo occupando.

In primo luogo, infatti, non è infrequente il rischio che le operazioni condotte sui dati portino a risultati inadeguati rispetto alle stesse finalità per le quali vi si è fatto ricorso¹⁰⁸, se solo si considera che la grande quantità di dati non implica necessariamente la loro qualità, ma semmai, all'opposto, proprio la vastità del patrimonio informativo e l'eterogeneità di esso potrebbero aumentare il pericolo di errori sia nella fase stessa di raccolta, che in quelle successive di classificazione ed elaborazione. Senza contare che, in più occasioni, il reale risultato che si può ottenere dai dati che vengono collazionati non è immediatamente percepito nemmeno dal soggetto che compie questa operazione.

Ma soprattutto, ciò che desta allarme è il fatto che la raccolta ed elaborazione di questi dati su vastissima scala può dare facilmente luogo ad effetti potenzialmente devastanti per le conseguenze discriminatorie che dagli stessi risultati possono discendere. L'algoritmo, infatti, è un modello matematico che ammantava di scientificità (e, conseguentemente, di apparente oggettività) un meccanismo che riproduce in realtà le valutazioni e le priorità attribuite da chi lo ha creato: insomma, come è stato icasticamente affermato, «i modelli sono opinioni radicate nella matematica»¹⁰⁹. Da ciò consegue che, in molti casi, anche malgrado la buona fede degli ideatori, il funzionamento dell'algoritmo coglie solo parzialmente la complessità di una situazione, finendo

¹⁰⁴ Dei *social* come «la miniera dei *big data*» (corsivi testuali) discorre G. ZICCARDI, *Tecnologie*, cit., 221.

¹⁰⁵ In generale, su opportunità e rischi dei *Big data*, v., tra gli altri, l'ampia disamina di M. OREFICE, *I Big data. Regole e concorrenza*, in *Pol. dir.*, 2016, spec. 706 ss.

¹⁰⁶ Il tema dell'uso dei *Big Data* e degli algoritmi nell'Amministrazione Pubblica è un altro filone di indagine oggi già ben avviato e sviluppato. Al fine di non deviare eccessivamente dal discorso principale condotto nel testo, mi limito qui a richiamare gli scritti di M. FALCONE, *Big Data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601 ss.; e F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra Open e Big Data*, in *Riv. dir. amm.*, 2017, 799 ss.

¹⁰⁷ In generale, sull'utilità dei *big data* al fine di elaborare politiche pubbliche più efficaci, senza che questo si ponga (necessariamente) in contrasto con la privacy, M. MIDIRI, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, in *Federalismi.it*, n.14 del 2020, spec. 216; e S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, *Aggiornamento VII*, 2017, 601, il quale afferma che «l'insieme di questi dati rappresenta una miniera d'oro per lo sviluppo razionale di tutte le politiche pubbliche ipotizzabili, qualora debitamente analizzato».

¹⁰⁸ Lo sottolinea L. PALAZZANI, *Tecnologie dell'informazione e intelligenza artificiale. Sfide etiche al diritto*, Roma, 2020, 28 ss.

¹⁰⁹ C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica* [2016], trad. it. a cura di D. Cavallini, Firenze-Milano, 2017, 33. Non diversamente, scrive A. SORO, *Persone in rete*, Roma, 2018, 117, che «numerose applicazioni hanno dimostrato che gli algoritmi non sono matematica pura – come tale, infallibile e neutra – ma piuttosto opinioni umane strutturate in forma matematica che riflettono spesso [...] le precomprensioni di chi li progetta».

non solo per restituire risultati infondati, quando non addirittura palesemente discriminatori, ma anche, ove non costantemente aggiornato, per cristallizzare le situazioni individuali e sociali che prende in esame. È quanto accade, ad esempio, con molti modelli introdotti per la individuazione dei soggetti a maggior rischio di recidiva, laddove questi algoritmi, segnalando come più probabile la commissione di altri reati da parte di determinate categorie di persone (perlopiù di precise origini etniche ed inevitabilmente legate a specifici ambienti urbani più degradati ed in cui opportunità di istruzione e di lavoro appaiono maggiormente difficili a presentarsi), portino a concentrare controlli e indagini su quegli stessi soggetti, che a quel punto giocoforza con maggiore probabilità finiranno per risultare più propensi a delinquere. Cosicché il modello, apparentemente funzionante, in realtà esprime semplicemente una profezia che si autoavvera, determinata da un equivoco alla base che porta a confondere una correlazione con un rapporto di causalità¹¹⁰.

Per non parlare, poi, dei casi in cui dell'algoritmo si faccia un uso fin dalla sua progettazione volutamente pensato al fine di cogliere situazioni di vulnerabilità (quali emergono, per esempio, da ricerche effettuate tramite un motore di ricerca...) per trarne un vantaggio economico, a tutto dispetto dell'eguaglianza sostanziale. Si pensi, tanto per citare un esempio, all'uso di algoritmi per individuare persone che dimostrino di soffrire di ipocondria, al fine di proporre loro messaggi promozionali di integratori e prodotti (pseudo)farmaceutici, sfruttando la particolare sensibilità al tema del destinatario.

Quanto abbiamo visto finora apre scenari certamente inquietanti.

Senonché, quando i fenomeni descritti si producono nell'ambito del potere pubblico, se non una soluzione, almeno un argine verso le problematiche segnalate può ritrovarsi tanto nell'introduzione di un obbligo di trasparenza dell'algoritmo¹¹¹, che consenta la verifica del principio di imparzialità, quanto nella possibilità di far valere la responsabilità dell'organo politico o amministrativo chiamato a rispondere delle decisioni automatizzate, anche solo per la (ineliminabile, come dicevo) discrezionalità insita nella fase di impostazione dell'algoritmo stesso¹¹².

Toni ben più preoccupanti, a mio avviso, vengono invece raggiunti allorché ci si trovi dinnanzi a soggetti privati, non solo privi di un obbligo analogo di trasparenza, ma semmai ben attenti a proteggere, in quanto proprietà intellettuale, i loro algoritmi. Ciò vale specialmente quando i soggetti di cui si tratta rientrano nel novero delle c.d. *Big Tech*, cioè di quelle società, quali *Google*, *Amazon*, *Facebook*, *Apple*, *Microsoft*, ecc., di immani dimensioni (e fatturati), che operano in mercati legati alle nuove tecnologie, fornendo servizi ormai imprescindibili nell'attuale contesto e che rappresentano un canale formidabile per drenare moli consistenti di dati¹¹³.

¹¹⁰ Il caso, piuttosto noto, è diffusamente trattato, tra gli altri, C. O'NEIL, *Armi*, cit., 36 ss. La stessa A., peraltro, dopo aver fornito numerosi diversi esempi, nelle proprie conclusioni (spec. 294), sottolinea come, in generale, «i processi basati sui Big Data codificano il passato», di modo che, se si volesse utilizzare questi sistemi di analisi per indirizzare i comportamenti verso direzioni ritenute politicamente auspicabili, occorrerebbe inglobare in essi ulteriori parametri eticamente orientati. Su posizioni analoghe, *ex plurimis*, v. A. SORO, *Persone*, loc. cit.; e P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018, spec. 62 ss., il cui volume traccia anche una interessante storia del calcolo algoritmico.

¹¹¹ Su cui insiste particolarmente G. DE MINICO, *Towards an "Algorithm Constitutional by Design"*, in *BioLaw Journal*, n. 1 del 2021, 398 ss.

¹¹² Al riguardo, per quanto concerne il nostro Paese, si vedano le preziose indicazioni fornite dalla giurisprudenza amministrativa e in particolare da Cons. Stato, sez. VI, sentenza 8 aprile 2019, n. 2270; e soprattutto 13 dicembre 2019, nn. 8472 e 8474, che argomentano sulla concorrente applicazione della normativa sul procedimento amministrativo con quella sulla protezione dei dati, e segnatamente l'art. 22 del GDPR. Di queste sentenze e di un primo seguito che hanno ricevuto trattano L. LIGUORI, M. V. LA ROSA, *Recent Italian administrative courts' decisions about algorithms and their relevance in administrative procedures: how to reconcile them with GDPR principles?*, in *Medialaws*, 11 maggio 2021.

¹¹³ Scrive al riguardo N. SRNICEK, *Capitalismo digitale* [2016], trad. it. a cura di C. Papaccio, Milano, 2017, 39, che l'economia odierna è «dominata da un nuovo ceto, che non ha il controllo dei mezzi di produzione, ma piuttosto dell'informazione», cosicché si è originata una nuova forma (*rectius*, una fase più evoluta) di capitalismo incentrato «sull'ottenimento dell'uso di un tipo particolare di materiale grezzo: i dati».

Peraltro, quello del possesso dei *Big data* (e, *a fortiori*, della loro elaborazione algoritmica a fini previsionali) da parte di queste multinazionali è un tema che travalica la sola possibile violazione dei diritti soggettivi al nostro esame¹¹⁴, con i possibili effetti discriminatori di cui ho testé detto, giacché il valore dei dati è tale da offrire altresì la possibilità a questi poteri privati di giungere persino, come anticipavo, ad influenzare (se non determinare) le politiche pubbliche. Lo si è visto anche durante la pandemia, con l'imposizione agli Stati che intendessero utilizzare il sistema di *Apple* e *Google*, da un lato, di poterlo fare su una sola app per Paese, autorizzata dal relativo Governo (il che per l'Italia ha significato l'abbandono di alcuni applicativi sviluppati livello regionale, forse più funzionali alla gestione dell'emergenza da parte del servizio sanitario¹¹⁵), nonché, d'altro lato, della imposizione di un determinato standard tecnico, magari nel merito persino più rispettoso della privacy, ma pur sempre eteroimposto¹¹⁶.

Anzi, il potere delle *Big Tech* giunge anche oltre, non mancando casi in cui esse sono arrivate ad opporre resistenza nei confronti di Stati che intendevano esercitare le loro prerogative sovrane¹¹⁷. Da questo punto di vista, per limitarmi a richiamare una vicenda in qualche misura legata proprio al tema della privacy, è emblematico il noto caso *Apple vs. FBI*, nel quale la *Big Tech* rifiutava di elaborare un software che avrebbe consentito l'accesso ai dati contenuti in un dispositivo, nel caso specifico fondamentali per un'indagine su un reato di estrema gravità, in quanto ciò avrebbe costituito una violazione della privacy¹¹⁸. Ma, più di recente, si potrebbe citare il caso di *Facebook*, che, opponendosi all'approvazione da parte del Parlamento australiano di una riforma che avrebbe comportato per i giganti del web il pagamento di un equo compenso agli editori per l'utilizzo dei loro contenuti, ha bloccato tutte le *news* fornite attraverso le proprie pagine, comprese quelle

¹¹⁴ Anzi, queste masse di dati ben potrebbero essere create al di fuori dell'ambito di applicazione della normativa a tutela della privacy, perché magari alimentate con dati anonimizzati, o essere formate utilizzando informazioni che gli interessati hanno lasciato liberamente disponibili in rete. Per una disamina delle plurime conseguenze della *datification*, v. le osservazioni di S. CALZOLAIO, *Protezione*, cit., 600 ss.

¹¹⁵ Su questo aspetto v. M. PLUTINO, "Immuni". *Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici*, in Dirittifondamentali.it, n. 2 del 2020, 573, il quale peraltro ritiene che queste avrebbero avuto maggiori limiti nel rispetto dei diritti fondamentali.

¹¹⁶ Laddove, peraltro, non manca chi ha sollevato dubbi sulla effettiva possibilità di controllare l'uso che dei dati faranno questi giganti del web, seppure in forma aggregata: così 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, n. 2 del 2020, 803; ed A. SANTOSUOSSO, *La regola, l'eccezione e la tecnologia*, in BioLaw Journal, n. 1 speciale del 2020, 615, il quale rileva come, nel migliore dei casi, notevole sia il vantaggio economico che le due società hanno tratto dall'accumulazione di questi dati aggregati.

¹¹⁷ Ciò che con la consueta lucidità e lungimiranza aveva intuito oltre dieci anni fa S. RODOTÀ, *Una Costituzione per internet*, in *Pol. dir.*, 2010, 341, quando scriveva, con un riferimento a *Google* che ben può essere esteso ad altre società con analoghe caratteristiche, che «non è soltanto una delle strapotenti società multinazionali. È un potere a sé, superiore a quello di un'infinità di Stati nazionali, con i quali negozia appunto da potenza a potenza [...] Governa corpi, conoscenza, relazioni sociali».

¹¹⁸ La vicenda è piuttosto nota e sarebbe ultroneo intrattenersi su di essa in questa sede. Mi sia consentito rinviare, per tutti, a M. OROFINO, *FBI v. Apple: il caso è (forse) chiuso, ma le questioni di fondo rimangono apertissime*; e G. E. VIGEVANI, *Apple v. FBI: i valori costituzionali in gioco*, entrambi in DPCE Online, vol. 26, n. 2 del 2016, rispettivamente 279 ss. e 299 ss. Aldilà del giudizio di merito sulle complesse questioni evocate, ai nostri fini si profila di interesse la lettera inviata ai propri clienti dall'amministratore di *Apple*, di cui l'ultimo A. citato riporta uno stralcio significativo. In essa, infatti, l'azienda annunciava il ricorso avverso l'ordine giudiziario di offrire collaborazione all'autorità inquirente, al dichiarato fine di garantire la privacy dei propri clienti, contestando al Governo federale statunitense di venir meno a quello che sarebbe stato invece un suo preciso obbligo al riguardo. Sicché, uno dei profili di maggiore rilevanza del caso, sembra allora essere rappresentato proprio dal fatto che ad essere contrapposti erano «non lo Stato e i suoi cittadini ma il potere statale e un altro potere non meno forte, ovvero una grande multinazionale che gestisce dati a livello globale. Ed è probabile che il comportamento di *Apple* nella vicenda non sia stato ispirato solo da aneliti libertari: la protezione degli iPhone dalle possibili intrusioni di un governo appare finalizzata principalmente a rafforzare il *brand* e il rapporto fiduciario con i clienti» (così G. E. VIGEVANI, *Apple*, cit., 307). Come risaputo, la vicenda si è poi chiusa con la rinuncia all'azione da parte del Governo, essendo riuscito il Dipartimento della Giustizia a decrittare il dispositivo grazie ad una società specializzata.

relative alla salute ed ai servizi emergenziali, finché non ha raggiunto un accordo con lo Stato, che comporta, a determinate condizioni, la non applicazione nei confronti delle *Big Tech*, delle nuove previsioni normative¹¹⁹. Una vera e propria trattativa negoziale, insomma, con cui la società americana ha posto una sorta di veto nei confronti di uno Stato sovrano, minacciando di privarlo di informazioni essenziali (anche) per i suoi consociati.

Se poi aggiungiamo che l'elaborazione dei dati nella disponibilità di tali "nuovi" attori viene effettuata soprattutto tramite algoritmi basati su modelli di apprendimento automatico (il c.d. *machine learning*), capaci di sfruttare la statistica per cercare di prevedere con precisione crescente, grazie alle similarità rilevate, finanche i (potenziali) comportamenti futuri degli individui, si ricava facilmente come essi dispongano di un potere dal quale può derivare una forma ancora più penetrante di controllo. Infatti, come è già stato evidenziato in letteratura, «non dobbiamo più osservare il sistema per molti anni per costruire un modello empirico. Abbiamo invece un modello meccanicistico che usa una costruzione algoritmica, ovvero un insieme di istruzioni e calcoli matematici, per prevedere il futuro». Di modo che «gli algoritmi cominciano a produrre un fiume in piena di predizioni su tutto quello che riguarda la società, dalla diffusione delle epidemie alla gestione di catastrofi e alla politica [...] Gli algoritmi sono in grado di sapere cosa ci piace, di cosa abbiamo bisogno, chi sono i nostri amici, le nostre inclinazioni politiche e religiose. E continuamente queste previsioni irrompono nella nostra vita attraverso offerte commerciali, pubblicità, medicine personalizzate. La nostra vita è scandita dalle predizioni»¹²⁰.

Certo, non mancano casi in cui il potere di cui dispongono queste società viene utilizzato per un interesse meritevole, come avvenuto ad esempio di recente allorché la *Premier League* inglese si è rivolta a *Facebook* e *Twitter* per chiedere loro di impedire la diffusione di messaggi a contenuto razzista o discriminatorio verso arbitri e calciatori¹²¹. Ciò, tuttavia, non fa che confermare che queste società hanno assunto potestà tipicamente statali ed appare assai significativo il fatto che l'ordinamento sportivo si sia rivolto non (solo) alle Autorità Pubbliche ma direttamente (e pubblicamente) a soggetti privati per ottenere protezione nei confronti di violazioni giuridicamente rilevanti di diritti fondamentali.

Di fronte all'uso degli algoritmi, che presuppone, per quanto visto finora, la raccolta e l'acquisizione di dati (anche) personali e quindi un trattamento potenzialmente soggetto alla normativa di protezione in precedenza richiamata, il Regolamento europeo predispone una tutela a dir poco inadeguata. L'unica norma, infatti, che viene in soccorso è l'art. 22, nel quale, come ricordavo in precedenza, è stabilito un generale divieto di decisione automatizzata, compresa la profilazione, quando questa incida in modo significativo sulla persona dell'interessato o produca effetti nella sua sfera giuridica, salvo che essa sia oggetto di specifico consenso (anche contrattuale) o sia prevista dalla legge, con la possibilità, nel primo caso, di pretendere comunque l'intervento umano del titolare nonché di esprimere la propria opinione e contestare la decisione. Cosicché, pur nella nobiltà delle intenzioni¹²², vengono riproposti meccanismi di tutela già deboli nei quotidiani rapporti bilaterali e quindi a maggior ragione totalmente inefficaci verso multinazionali di dimensioni colossali che offrono servizi tanto fondamentali quanto difficilmente sostituibili nella

¹¹⁹ Anche questa vicenda ha avuto una certa eco sulla stampa di tutto il mondo. V., per tutti, M. ROVELLI, *Facebook bloccato in Australia: raggiunto accordo col governo per il pagamento delle notizie*, ne *Il Corriere della Sera*, 23 febbraio 2021; A. MEADE, J. TAYLOR, D. HURST, *Facebook reverses Australia news ban after government makes media code amendments*, in *The Guardian*, 23 febbraio 2021; e J. MADDEN, D. SWAN, *Australian news content refriended on Facebook from Friday*, in *The Australian*, 25 febbraio 2021.

¹²⁰ In questi termini si esprime A. VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano, 2019, 22 ss.

¹²¹ Il testo della missiva, data 11 febbraio 2021, si può leggere sul sito della *Premier League*.

¹²² Giacché, come scrive efficacemente C. ALVISI, *Dati personali e diritti dei consumatori*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (cur.), *I dati personali*, cit., 714, «la fonte europea mostra di considerare la persona irriducibile alla particella elementare di una massa che sul web si risolve in un mistico insieme matematico trattabile esclusivamente con il calcolo».

realtà contemporanea: non è certo difficile comprendere la facilità con cui queste società possono ottenere il consenso dell'interessato, che ben difficilmente verrà dato davvero liberamente (ammesso che la persona stessa se ne ponga il problema) se non al costo, raramente sopportabile, di rimanere esclusi da un servizio fondamentale¹²³. Non solo, ma, più in generale, ciò che lascia insoddisfatti è la stessa inadeguatezza dell'approccio del testo normativo alla questione. Appare, infatti, una prospettiva del tutto insufficiente ragionare in termini di tutela del singolo interessato, nel momento in cui ci troviamo di fronte a masse enormi di informazioni, magari raccolte anche in forma anonima e per nulla trasparente, di cui l'individuo è chiamato a fare le spese a valle di un processo di classificazione, del quale tuttavia potrebbe ignorare persino l'esistenza ed in cui è impossibile possa far valere una qualche reazione a difesa della propria intimità e personalità¹²⁴. Insomma, di fronte al fenomeno dei *Big data* e del loro trattamento da parte di poteri privati di dimensioni colossali, sono le stesse esigenze di tutela ad essere sostanzialmente differenti¹²⁵ e, conseguentemente, a manifestare la strutturale inefficacia di quelle garanzie approntate con il Regolamento del 2016. Occorre, pertanto, individuare una diversa e ulteriore strada (*rectius*, come dirò, strade) per fare fronte al problema di assicurare, nel contesto dell'economia (e della società) digitale, il riconoscimento ed il rispetto di quei diritti fondamentali, rappresentati da privacy e identità personale, che nell'esperienza costituzionale, anche multilivello, si sono andati affermando ed hanno trovato esplicito riconoscimento.

Prima di procedere, tuttavia, ad una ricostruzione di quali potrebbero essere, *de jure condito* e *de jure condendo*, i possibili percorsi da seguire in questa direzione, ritengo necessario spendere qualche parola per evidenziare un problema culturale di fondo, che mi pare sia tuttora di ostacolo ad una reale presa di coscienza e reazione adeguata al fenomeno di cui sto parlando.

4. Una (apparente) digressione: un problema culturale in tema di riservatezza

Nel contesto che ho finora descritto, credo si registri nella cultura (invero non solo) giuridica prevalente una tendenza che appare paradossale. È infatti ancora piuttosto diffusa l'accentuazione

¹²³ L'insufficienza dello schema consensuale eredità dell'approccio normativo preesistente è denunciata da A. MANTELERO, *La privacy all'epoca dei Big Data*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (cur.), *I dati personali*, cit., 1181 ss. e spec. 1190, ove l'A. afferma espressamente che «il consenso è sempre meno, in concreto, strumento di reale autodeterminazione. Anzi, paradossalmente, quest'ultimo può divenire la soluzione più agevole per raccogliere dati per le finalità più disparate, stanti i limiti che affliggono sia lo strumento dell'informativa sia la reale libertà di scelta».

¹²⁴ Analogamente, A. MANTELERO, *Big Data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Dir. inf. infor.*, 2012, 138, il quale sottolinea «la connotazione peculiare di tale potere, che differisce dalla semplice capacità di profilazione o di schedatura di massa, a cui hanno da sempre guardato le norme in materia di data protection. Nel caso dei *big data* emerge infatti una nuova ed ulteriore valenza assai rilevante ovvero la capacità predittiva che le analisi condotte con strumenti sofisticati su tali grandi aggregazioni possono conseguire, da qui una notevole valenza strategica, socio-politica e, non da ultimo, patrimoniale dei *big data*». Lo stesso A., *La privacy*, cit., 1196 ss., precisa come oggi vi sia una dimensione collettiva della privacy, diversa dalla semplice sommatoria delle singole dimensioni individuali, che si estende anche alle potenziali implicazioni pregiudizievoli per gli interessati.

¹²⁵ Osservano, in tal senso, V. COLOMBA, G. ZANETTI, *Aspetti problematici della nozione di privacy da un punto di vista filosofico-giuridico*, in A. LO GIUDICE (cur.), *Privati del pubblico. Ovvero dell'indistinzione*, Sesto San Giovanni, 2017, 338 ss., che, se «una categoria normativa [...] può infatti fisiologicamente modificarsi sotto la pressione di fatti e circostanze esterne [...] questo è precisamente ciò che non accade con la nozione di privacy» giacché «quando sia in gioco lo studio di questa nozione, il mutamento è assai più radicale, e qualitativamente diverso. Nell'evoluzione normativa della nozione di privacy non si tratta solo di risposte (anche significativamente) diverse a una domanda persistente e fondamentale. Si tratta invece di riformulazioni radicali della domanda stessa ovvero di un riorientamento dell'orizzonte istituzionale e normativo». Così che – concludono gli Autori – «la mole di dati a disposizione, e la possibilità di elaborazione di essi comporta [...] un più radicale cambio di scenario [...]. È la domanda stessa che è cambiata, non semplicemente le risposte che a una domanda si possono offrire».

dei rischi connessi all'acquisizione ed al trattamento di dati in ambito pubblico¹²⁶, perlomeno laddove non si verta nel campo dell'erogazione di benefici, assai più di quanto avvenga a fronte dei grandi poteri privati, che pure dispongono, come ho cercato di rilevare, di ben maggiori possibilità di violare i diritti alla privacy ed all'identità, e non certo per la soddisfazione di un interesse generale¹²⁷. Beninteso, nessuno nega che quella delineata sia una situazione preoccupante, epperò, allorché si dà luogo ad un trattamento di dati, mentre questo è guardato con una certa diffidenza in favore di un soggetto pubblico, assai minori riserve vengono sollevate verso soggetti (privati) che operano sul mercato, per scopi, sia pur legittimi, meramente lucrativi e commerciali. In questo senso, è sufficiente scorrere la *newsletter* periodica del Garante per la protezione dei dati personali, che pure svolge i propri compiti con un equilibrio che non merita le talora eccessive critiche pervenute, anche da voci autorevoli, proprio nella prospettiva di cui sto parlando¹²⁸, per notare come lo spazio dedicato ai provvedimenti adottati verso enti pubblici sia, con una certa sistematicità, maggiore di quello riservato a soggetti privati.

Certo, è evidente che il rischio per i diritti dei consociati da uno Stato che si atteggi a "Grande Fratello" non è frutto di fantasie e la storia ben lo dimostra; nello stesso contesto del nostro Paese, per lungo tempo, il pendolo ha oscillato sproporzionatamente dalla parte dello Stato e forse questa è una delle ragioni d'essere della tendenza di cui vado parlando¹²⁹. Tuttavia, a me pare che ora lo stesso pendolo abbia subito un'oscillazione di senso opposto¹³⁰ e che questa atavica "paura del

¹²⁶ Per citare qualche posizione dottrinale che mi sembra ascrivibile a questa prospettiva di maggiore diffidenza verso i soggetti pubblici, cfr. S. SIMITIS, *Il contesto*, cit., 581, per il quale «gli enti pubblici devono rinunciare alle informazioni che potrebbero ottenere. L'onniscienza, del resto, non è una caratteristica delle società democratiche. Tali società devono invece correre i rischi legati alla carenza di informazioni, anche laddove l'accesso ai dati sia tecnicamente possibile e la rinuncia ai dati appaia uno svantaggio»; T.E. FROSINI, *Privacy: diritto fondamentale oppure no*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 16 del 2008, 2, ove l'A. scrive che «nel bilanciamento dei diritti, prevale sempre e comunque il diritto fondamentale del cittadino, anche di fronte al diritto allo svolgimento dell'indagine penale» dato che «vivere in uno Stato costituzionale vuol dire godere pienamente dei diritti di libertà, senza se e senza ma»; o, più di recente, S. STAIANO, *Diritto alla riservatezza e potere pubblico*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 17 del 2017, spec. 2 ss., ove l'A. afferma che «il potere pubblico è sempre stato, fin dalle origini, ed è ancora, quasi naturalmente, in tensione con il diritto alla riservatezza» e che anzi, nel contesto attuale, esso «diviene in prevalenza il maggiore attore che opera in tensione con esso».

¹²⁷ Una recente presa di posizione in senso analogo è quella di V. VISCO, *La strana idea di privacy che ci lascia in balia della pandemia*, in [Domani](http://www.domani.it), 25 ottobre 2020, ove l'A. afferma, condivisibilmente che «la tutela della privacy è un elemento fondamentale di ogni sistema politico basato sulle regole liberal democratiche, ma anche in questi sistemi occorre chiarire quali sono i limiti che l'interesse collettivo può porre a quelli individuali» mentre «i Garanti della privacy tendono a concentrarsi soprattutto sulla tutela dei cittadini nei confronti dello Stato e delle autorità pubbliche in generale».

¹²⁸ Tra cui l'articolo di V. VISCO, *La strana idea*, cit., ove la critica al Garante per essersi sistematicamente distinto in questo senso intervenendo nei confronti del Consiglio di Stato, dell'Istat, delle Università, dell'Inps e specialmente dell'Agenzia delle Entrate appare sproporzionata e per questo anche oggetto di replica da parte dell'Autorità con l'intervento del Presidente del giorno successivo (pubblicato sul sito istituzionale come [doc. web 9472219](http://www.docweb.9472219)), nel quale peraltro si ricorre però anche ad argomenti (come la successiva conferma in sede giurisdizionale di molti di questi provvedimenti) che non paiono in realtà del tutto validi a smentire la tendenza culturale che l'ex Ministro delle finanze intendeva evidenziare.

¹²⁹ Che il diritto alla riservatezza nei rapporti tra Stato ed individuo fosse decisamente sconosciuto nella tradizione giuridica italiana è affermato chiaramente da B. DENTE, *Le trasformazioni della politica italiana di protezione dei dati personali*, in B. DENTE, N. LUGARESI, M.S. RIGHETTINI (cur.), *La politica della privacy tra tutela dei diritti e garanzia dei sistemi*, Firenze, 2009, 8 ss., per il quale le affermazioni alle origini della tradizione americana della tutela della riservatezza, sarebbero quasi agli antipodi di quanto avveniva nel nostro Paese.

¹³⁰ Così F. DE LEO, *Due o tre cose su dati di traffico e tutela della privacy*, in *Quest. giust.*, 2004, 843. Ma, ancor prima, si veda quanto scriveva, con parole che suonano ancora attuali, M. G. LOSANO, *Dei diritti e dei doveri: anche nella tutela della privacy*, in ID. (cur.), *La legge*, cit., spec. XIII ss., ove l'A., dopo aver ricordato che «il diritto alla privacy è stato collegato alle battaglie per liberare l'individuo dalle ingerenze dello Stato», rileva come la pericolosità informatica si sia trasferita vieppiù nelle mani di grandi imprese multinazionali, di

tiranno” conduca talora ad eccessi in una direzione speculare ed opposta rispetto a quella del passato¹³¹.

La recente vicenda dell’app Immuni (e di analoghi sistemi adottati in Paesi indubbiamente democratici) nel contesto di una pandemia e con la finalità di limitare i contagi, mi sembra paradigmatica al fine di dimostrare quanto nella società sia diffusa quella tendenza di cui vado parlando e che posizioni dottrinarie e prassi applicative, pur animate da ottime intenzioni, rischiano di fomentare. Infatti, nonostante i suoi difetti e i suoi limiti, anche prontamente e giustamente criticati¹³², l’adozione di un sistema di questo tipo rappresenta un intervento chiaramente ispirato al perseguimento di un interesse di indubbia rilevanza costituzionale, nei confronti del quale, se certo la protezione dei dati non può soccombere *in toto* meritando di entrare in un giudizio di bilanciamento, tuttavia ben potrebbe essere chiamata a sopportare limitazioni¹³³. Di modo che appare davvero paradossale, come è stato rilevato, che «da decenni ormai siamo disposti a rinunciare alla privacy relativa ai nostri dati per fruire di servizi apparentemente gratuiti, ma che, come noto a tutti, in realtà paghiamo in dati personali, mentre in questo momento di emergenza mondiale, in cui si tratta di arginare la pandemia, qualcuno solleva questioni relativamente a trattamenti di dati che sarebbero gestiti da strutture pubbliche e non da multinazionali private, che dall’analisi dei dati traggono profitto»¹³⁴.

Anzi, a parer mio, le garanzie introdotte in relazione all’uso di *Immuni* sono risultate forse ispirate ad un bilanciamento persino troppo attento alle esigenze di protezione dei dati. Mi riferisco, per esempio, alla opinione, peraltro largamente condivisa, per cui l’opzione per una triplice manifestazione di volontà in relazione all’attivazione delle notifiche fosse ineludibile, al fine di non coartare la libertà di scelta di avvalersi o meno dello strumento di tracciamento e, conseguentemente, incidere sulla libertà del consenso, la quale sarebbe stata compromessa ove alla decisione di attivarla fosse stato collegato un determinato vantaggio in funzione incentivante¹³⁵. È

modo che «se in tempi di predominanza dello Stato era lecito sbilanciarsi a favore dell’individuo, di fronte all’odierno predominio dell’individuo è lecito chiedere un riequilibrio della situazione a favore della società».

¹³¹ È una tesi che ho cercato di dimostrare già in altre sedi, cui mi permetto di rinviare per più ampie argomentazioni. V., almeno, S. SCAGLIARINI, *La riservatezza*, cit.; e ID., *In tema di privacy: virtù e vizi della cultura giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2017, 49 ss.

¹³² Per esempio da G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni? Luci, ombre e penombre dell’app selezionata dal Governo italiano*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, vol. 14, n. 2 del 2020, 303 ss.; o da M. OREFICE, *L’app Immuni: salute, privacy e trasparenza*, in G. DE MINICO, M. VILLONE (curr.), *Stato di diritto. Emergenza. Tecnologia*, Genova, 2020, spec. 180 ss., la quale tuttavia, ad avviso di chi scrive, eccede talora nel pretendere una soluzione (tecnicamente) perfetta in una situazione in cui l’obiettivo primario dovrebbe essere la minimizzazione del danno derivante dalla circolazione del virus.

¹³³ Come scrive V. ZENO ZENCOVICH, *I limiti delle discussioni sulle “app” di tracciamento anti-Covid e il futuro della medicina digitale*, in *Medialaws*, 26 maggio 2020, «occorre ristabilire alcune gerarchie di valori: la “salus [intesa in senso stretto e in senso figurato] rei publicae” deve prevalere su diritti individuali relevantissimi ma obiettivamente secondari rispetto alla vita umana». Nel senso analogo a quanto sostenuto nel testo v. già N. MINISCALCO, *La sorveglianza attiva per contrastare la diffusione dell’epidemia di Covid-19: strumento di controllo o di garanzia per i cittadini?*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3 del 2020, spec. 3.

¹³⁴ Testualmente C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *App*, cit., 774. Non meno efficace V. ZENO ZENCOVICH, *I limiti*, cit., ove si legge che «quotidianamente centinaia di milioni di cittadini europei conferiscono a soggetti privati, consapevolmente o inconsapevolmente, dati analoghi a quelli che le “app” di tracciamento dovrebbero raccogliere [...] i nostri spostamenti (e ovviamente anche le nostre preferenze) sono monitorati, aggregati e “venduti” attraverso le migliaia di cookies che con un semplice “click” abbiamo accettato» di modo che «chi dunque esprime forti dubbi sulle “app” di tracciamento dovrebbe in primo luogo prendere in mano il proprio telefono mobile e chiedersi se tali critiche siano coerenti con il proprio comportamento abituale e senza preoccupazioni».

¹³⁵ Tra gli altri, v. C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *App*, cit., 796 ss., i quali tuttavia riterrebbero non inammissibile la (peraltro più invasiva) opzione della introduzione di un obbligo legale di utilizzo dello strumento. Le tre manifestazioni di consenso da parte dell’utilizzatore dell’app riguardano sia la scelta in sé di scaricarla, sia la sua effettiva attivazione che infine la procedura per la specifica attivazione delle notifiche in caso di contagio).

mia opinione, invece, che ciò sia frutto di una errata (seppure sostenuta anche dalle Istituzioni preposte all'applicazione della normativa¹³⁶) lettura del canone di libertà del consenso, giacché, proprio al contrario, la possibilità di scegliere, da parte di ciascuno, se privilegiare la propria riservatezza o l'adesione a un programma in grado di contribuire a limitare la diffusione del contagio, avrebbe inverato maggiormente proprio il principio di autodeterminazione delle proprie scelte¹³⁷. Di modo che, una qualche minore restrizione della libertà di circolazione (e non certo una differenziazione nell'accesso alle cure, sicuramente incostituzionale¹³⁸) per coloro che avessero optato per l'utilizzo dell'applicativo, se ragioniamo in punto di diritto – e quindi prescindendo da eventuali difficoltà tecniche in concreto¹³⁹, che certo sarebbero state da risolvere preventivamente, così come da ragioni di opportunità di politica regolatoria¹⁴⁰ – credo sarebbe stata assolutamente ammissibile, non solo per la oggettiva minore rischiosità in termini di diffusione del contagio di chi avesse scelto di attivare Immuni, ma anche, più in generale, sulla base della funzione sociale che alla protezione dei dati viene attribuita esplicitamente dallo stesso GDPR e che consente di modulare il contenuto della pretesa individuale sulla base di interessi collettivi (*i. e.* la tutela della salute, espressamente qualificata tale dall'art. 32 Cost.) concorrenti¹⁴¹. Con la posizione assunta in

In tema, ampiamente, anche C. BERGONZINI, *Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e diritti fondamentali*, in Dirittifondamentali.it, n. 2 del 2020, spec. 711 ss.

¹³⁶ In questo senso, infatti, si esprimono, in generale, le [Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del Regolamento \(UE\) 2016/679](#) dell'European Data Protection Board del 4 maggio 2020, 8 ss.; con riferimento specifico alla necessaria volontarietà delle app di tracciamento, si veda il documento di poco precedente [Linee guida 4/2020 sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19](#), adottate dallo stesso Comitato il 21 aprile 2020.

¹³⁷ Favorevole a misure incentivanti è, per esempio, M. PLUTINO, "Immuni", cit., 569 ss.

¹³⁸ Concorro, in tal senso, con M. OREFICE, *L'app*, cit., 184.

¹³⁹ Segnalate, tra gli altri, da M. OREFICE, *L'app*, cit., 183, la quale lamenta che lo stesso Garante abbia trascurato le modalità concrete di funzionamento, come il fatto che *Immuni* risultasse compatibile solo con alcuni modelli, più recenti e costosi, di *smartphone*. Senonché, è ovviamente doveroso pretendere che la scelta dello strumento cada su quello che consenta al maggior numero di persone di usufruire dei relativi benefici, per quanto tecnicamente possibile (e del resto diversi dei problemi che l'A. segnala sono poi stati risolti in tempi brevi), ma ciò non può portare ad escludere in radice una misura siffatta, qualora non riesca (come mai riuscirà) ad essere universale. Stante la situazione emergenziale, infatti, mi pare che compito dello Stato sia quello di contenere al massimo la diffusione del contagio, dotando la maggior parte possibile di popolazione degli strumenti utili, senza rinunciarvi *in toto*, in assenza di alternative, qualora una piccola parte (si pensi a chi uno *smartphone* non ce l'ha proprio, per esempio) ne restasse esclusa. Senza peraltro contare, come giustamente rilevano C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *App*, cit., 791, che resta pur sempre il tracciamento manuale per le fasce non coperte dal *contact tracing*, di modo che i due strumenti risultano complementari, aumentando l'efficacia dell'intervento e dotando di strumenti più efficienti l'Autorità sanitaria.

¹⁴⁰ Come la decisione di evitare di introdurre «l'obbligo di un utilizzo di una applicazione tecnologica [che] sarebbe stato vissuto dai cittadini come un'imposizione, magari ingenerando comportamenti tendenti ad eludere l'obbligo» (così ancora C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *App*, cit., 792, i quali invero considerano questo come un profilo giuridico, laddove invece a me pare sia una considerazione di opportunità in relazione alla maggiore efficacia dello strumento regolatorio).

¹⁴¹ Sul tema v. A. RICCI, *Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2017, 586 ss.; e A. M. CAMPANALE, *Flessibile diritto: il diritto alla protezione dei dati personali nella lockdown exit strategy europea*, in DPCE Online, n. 2 del 2020, 5 ss., secondo la quale «il non avere una "prerogativa assoluta" non fa di questo diritto fondamentale un diritto debole, anzi: proprio in questa presunta debolezza risiede la sua forza, poiché lo pone al riparo dalla facile tentazione della tirannia dei valori di schmittiana memoria e lo rende aperto alle emergenti richieste della società [...] Questa flessibilità, in negativo, impedisce il conflitto tra diritti, in positivo, favorisce l'efficacia delle misure per il superamento delle crisi, in generale, della crisi sanitaria in atto, in particolare». Analogo ragionamento, peraltro, credo possa ora valere rispetto all'introduzione di un certificato verde al fine di poter circolare liberamente nell'UE e usufruire di determinati servizi, giacché, contrariamente a quanto scrive C. BERTOLINO, "Certificato verde Covid-19" tra libertà ed eguaglianza, in Federalismi.it, n. 15 del 2021, 19 ss., non si tratterebbe di far assurgere la riservatezza a limite, non costituzionalmente previsto, all'esercizio di libertà e diritti, bensì di lasciare al singolo individuo la scelta dell'istanza da far prevalere in un giudizio di bilanciamento tra libertà di circolazione e tutela della privacy, in una

sede di regolazione, invece, si è posto al centro un problema – quello della privacy – che soluzioni tecniche consentivano (come hanno consentito) di minimizzare, limitando questo diritto in modo assolutamente proporzionale al vantaggio che sarebbe derivato in termini di tutela della salute¹⁴², mentre sono rimasti nell’ombra i veri punti nevralgici della questione.

Mi riferisco, anzitutto, alla necessità, in ottica di eguaglianza sostanziale, laddove il ricorso alla tecnologia possa fornire strumenti più efficaci a tutela di un diritto (la salute, nella fattispecie) di porre in essere misure adeguate a prevenire ed evitare la situazione per cui «l’ignoranza informatica si traduce in un distanziamento tecnologico che a sua volta produce un effetto [...] di distanziamento costituzionale»¹⁴³. La vera questione, insomma, è quella di porre tutti nella condizione di fare ricorso all’app, rimuovendo gli ostacoli di fatto (si legga: *digital divide*), che ne avrebbero impedito la fruizione verosimilmente proprio a danno delle fasce più vulnerabili al contagio, anziani *in primis*. Infatti, «occorre [...] sgomberare il campo dall’ambiguità di fondo che si cela nel dibattito pubblico sull’app: potere-non-averla non equivale a non-poterla-avere», di modo che si «pone un grande problema di tutela dell’uguaglianza sostanziale tra chi è effettivamente libero di non scaricare l’app (perché, pur potendolo fare, non lo fa) e chi non la scarica perché non ne ha la possibilità»¹⁴⁴.

Non meno rilevante, in secondo luogo, era il tema dell’opportunità di contrastare la diffusione del virus non (sol)tanto a livello nazionale ma europeo, anche tramite una applicazione unica e condivisa tra i vari Stati membri¹⁴⁵: unitarietà di risposta che, tuttavia, non vi è stata (anche) per scelte di carattere tecnico in cui la protezione dei dati ha comunque avuto un proprio peso.

5. Tra presente e futuro: quale tutela nel mondo digitale?

Il progresso tecnologico, così come lo sviluppo prorompente e dilagante del mondo digitale e dell’informatica, non può realisticamente essere limitato: non può (e, sotto questo profilo, non deve) in quanto comporta inevitabili vantaggi e maggiori mezzi anche a garanzia dei diritti e degli interessi costituzionali¹⁴⁶, e non può in quanto al contempo vi è la materiale impossibilità di arrestare un processo di questo tipo, pure laddove lo si giudicasse negativamente.

contingenza in cui l’esercizio della prima potrebbe anche solo comportare il rischio di favorire la diffusione del contagio, in spregio della tutela della salute come interesse della collettività. Il che, naturalmente, non fa venir meno le argomentazioni dell’Autrice circa la necessità di idonee misure di garanzia, sulle quali peraltro già si sono registrati interventi dell’Autorità Garante.

¹⁴² Anzi, come scrivono F. VARI, F. PIERGENTILI, “To no other end, but the... Safety, and publick good of the people”: *le limitazioni alla protezione dei dati personali per contenere la pandemia di Covid-19*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2021, spec. 334 ss., la limitazione della privacy, anche conseguente all’introduzione di un uso obbligatorio dell’app in questione, sarebbe stata la misura meno invasiva per i diritti e le libertà costituzionali, considerate nel loro complesso, specialmente se posta a confronto con un *lockdown*, dagli effetti devastanti anche in termini economici.

¹⁴³ Il rilievo si deve ad A. RUGGERI, *Società tecnologicamente avanzata e Stato di diritto: un ossimoro costituzionale?*, in questa *Rivista, Studi 2020/II*, 284 ss., che si pone nella prospettiva della (costituzionalmente dovuta) ricerca di efficaci strumenti in tale direzione, a fronte di uno (inevitabile ma non certo privo di vantaggi ed effetti positivi) spostamento crescente delle forme e dei mezzi di garanzia dei diritti verso il mondo digitale.

¹⁴⁴ Così E. CREMONA, *Contact tracing. Governance pubblico-privata e primi problemi di tutela dei diritti fondamentali*, in *Ianus - diritto e finanza*, 21 maggio 2020, 9 ss.

¹⁴⁵ Come condivisibilmente affermato da L. TRUCCO, *App Immuni: una storia stran(ier)a e incompiuta*, in *Giustizia Insieme*, 18 maggio 2020, sarebbe stato invero opportuno approntare «una piattaforma comune (“paneuropea”), solida e capillarmente diffusa tra i vari Stati membri» di modo da contrastare non già a livello di singoli Stati membri ma sovranazionale la diffusione del virus.

¹⁴⁶ In questo senso, ad esempio, T. E. FROSINI, *Il costituzionalismo*, cit., 1 ss.; ed A. RUGGERI, *Società*, cit., 285, il quale rileva come «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».

Se questo è vero, allora, anche in relazione all'impatto su privacy e identità, il problema non è quello di scegliere tra l'opposizione o l'incentivazione del progresso tecnologico, quanto piuttosto quello di individuare gli strumenti ed i percorsi più idonei a beneficiare dei vantaggi che le tecnologie possono apportare, riducendone al contempo le esternalità negative¹⁴⁷. In questo senso, diverse sono le direzioni verso cui ci si può indirizzare e, se recentemente mi pare che, già *de jure condito*, in diversi ordinamenti, come vedremo, sia emerso un interessante percorso, altri se ne potrebbero aggiungere. Infatti, a mio avviso, per un verso, qualche cosa si potrebbe ancora suggerire in termini di possibili spunti di revisione (*rectius* integrazione) del quadro normativo vigente, mentre, per altro verso, sempre *de jure condendo* ma a più lungo termine, si profilano all'orizzonte proposte normative promettenti – e di carattere più generale – sia per una rinnovata tutela, in via diretta, dei diritti oggetto qui di attenzione, sia, attraverso di essi, per la ricerca di una soluzione al ben più ampio complesso di questioni di fondamentale rilevanza per il diritto costituzionale, che ho cercato di enucleare in precedenza, implicate indirettamente della tutela della privacy e coinvolgenti, di fatto, l'intero sistema di governo della rete.

Provo ad approfondire, di seguito, le tre possibili soluzioni cui ho testé accennato.

5.1. *Un percorso de jure condito*

In primo luogo, *de jure condito*, se le garanzie approntate dal GDPR appaiono deficitarie per le ragioni già viste, mi sembra che vada valorizzato il tentativo di diverse *Authorities* di fare ricorso tanto alla legislazione a tutela della concorrenza quanto a quella consumeristica per offrire, seppure indirettamente, una maggiore e più efficace difesa anche alla privacy (e con essa, per il legame che ho ripetutamente sottolineato, all'identità).

In primo luogo, infatti, le *Big Tech*, cui ho fatto più volte riferimento, sono imprese che ricadono inevitabilmente nel raggio di azione della normativa concorrenziale, essendo palesemente in posizione dominante nei rispettivi mercati¹⁴⁸, dove rivestono un ruolo che la letteratura economica ha recentemente definito di “moligopolio”¹⁴⁹, onde sottolineare che esse si dovrebbero considerare contemporaneamente come monopoliste, rispetto agli specifici prodotti o servizi che ne rappresentano il *core business*, a causa di una sostanziale infungibilità degli stessi, e come oligopoliste, in relazione alla molteplicità di mercati (del mondo digitale) affini. Tra l'altro, la posizione dominante di queste imprese appare via via crescente e in corso di consolidamento, grazie a frequenti operazioni di incorporazione di nuove realtà imprenditoriali emergenti in forma di *start-up*, che ben rientrano nel novero delle concentrazioni, pure oggetto di disciplina antitrust¹⁵⁰.

Ebbene, ad aver attirato l'attenzione delle Autorità per la concorrenza è l'abuso che, in più occasioni, queste aziende fanno della loro posizione dominante, e ciò proprio grazie alle immense masse di dati personali di cui esse dispongono e che rappresentano il loro patrimonio più prezioso, non solo sotto il profilo della valutazione economica in sé, ma anche come arma a loro disposizione per sfruttare il mercato senza incontrare ostacoli particolari. Così che, in materia, si può realizzare, ritengo, un incrocio virtuoso tra disciplina *antitrust* e normativa a tutela della privacy¹⁵¹, tanto che, a

seppure – precisa l'Autore – la diffusione dell'informatizzazione in ogni settore esponga gli stessi anche al rischio di danni irreparabili.

¹⁴⁷ Analogamente, scrive A. SANTOSUOSSO, *La regola*, cit., 612, che «il problema non è tecnologie sì o no, ma tecnologie come».

¹⁴⁸ Per un'analisi precisa con riferimento a *Google*, v. M. OREFICE, *I Big data*, cit., spec. 722 ss.

¹⁴⁹ V. in particolare, da ultimo, l'opera di N. PETIT, *Big Tech and the Digital Economy. The Moligopoly Scenario*, Oxford, 2020, ove l'A. riprende discorsi già sviluppati in lavori precedenti.

¹⁵⁰ Lo rileva M. MIDIRI, *Privacy*, cit., 232.

¹⁵¹ La cui opportunità, in dottrina, è oggetto di dibattito già da alcuni anni: cfr., per esempio, M. STUCKE, A. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016; F. COSTA-CABRAL, O. LYNSKEY, *Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law*, in *Common Market Law Review*, vol. 54, n. 1/2017, 11 ss. Recentemente, nella dottrina italiana, v. le ampie considerazioni di T. MAURO, *I big data*, cit., 661

dispetto della presa di posizione originaria della Commissione europea, che rifiutava di vedere una connessione tra i due ambiti¹⁵², oggi diverse Autorità preposte alla garanzia della concorrenzialità del mercato, in Europa come negli Stati Uniti, hanno avviato procedimenti nei confronti delle *Big Tech*¹⁵³.

Il più significativo di questi, limitandoci all'area dell'Unione europea in cui trova applicazione la normativa sovranazionale sulla protezione dei dati, è certamente quello avviato nel 2016 e concluso tre anni dopo dall'Autorità Nazionale della Concorrenza tedesca contro *Facebook*, società imputata di realizzare un illecito concorrenziale attraverso condizioni contrattuali per l'accesso al *network*, che subordinavano l'utilizzo del *social*, rendendo di fatto non libero il consenso dell'utente, alla circostanza che l'impresa potesse raccogliere dati e informazioni (relativi all'utente stesso ed al suo dispositivo) anche grazie ad altri servizi facenti sempre capo all'azienda (nella specie, in particolare, *WhatsApp* ed *Instagram*) o a soggetti terzi; dati e informazioni che sarebbero poi stati in un secondo momento combinati ed elaborati, a fini di profilazione, senza il consenso degli interessati¹⁵⁴. La vicenda è estremamente interessante per il fatto di rappresentare il caso più evidente ed esplicito di contatto tra le due discipline, poiché la violazione delle regole a protezione della privacy è individuata come il mezzo stesso per eludere la normativa concorrenziale¹⁵⁵. Ma un non minore interesse risiede nel fatto che il provvedimento ha avuto un seguito giudiziario travagliato¹⁵⁶, che da ultimo ha portato l'*Oberlandesgericht* di Düsseldorf a sollevare, nel marzo del 2021, una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, il cui verdetto sarà

ss., il quale sottolinea come le due normative, pur operando su presupposti diversi, si applichino sullo stesso terreno, in cui è la protezione dei dati ad assumere un ruolo centrale, stante la sostanziale integrazione, nella società attuale, tra mondo digitale e reale.

¹⁵² Mi riferisco a quanto stabilito dalla Commissione Europea, per esempio, nel caso *Google/DoubleClick* (Decisione 11 marzo 2008 nel caso COMP/M.4731, in particolare il par. 368) od ancora in quello *Facebook/WhatsApp*, (Decisione 3 ottobre 2014 nel caso COMP/M.7217, spec. par. 164, in cui l'Istituzione eurolunitaria afferma espressamente che «any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules»).

¹⁵³ Tra i quali, oltre a quello di cui dirò a breve nel testo, si possono ricordare, senza pretesa di esaustività e per limitarci ai più recenti, almeno, negli Stati Uniti: 1) quello promosso dal Dipartimento di Giustizia e 11 Stati contro *Google* per l'abuso di posizione nel mercato dei motori di ricerca *on line* (v. il [comunicato stampa](#) del 20 ottobre 2020); 2) quello promosso dalla *Federal Trade Commission* e da ben 46 Stati contro *Facebook*, in relazione all'acquisizione di *Instagram* e *WhatsApp* (si veda il [comunicato](#) pubblicato sul proprio sito web dall'Antitrust americana il 9 dicembre 2020; nonché, nell'UE, 3) quello avviato dalla Commissione Europea contro *Amazon* (AT 40462) per lo sfruttamento a proprio diretto vantaggio di dati non pubblici in possesso dei venditori che operano sulla sua piattaforma, avviato nel 2019 e formalizzato in una contestazione degli addebiti nel novembre 2020; 4) quello aperto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro *Google* per l'abuso di posizione dominante nel mercato della raccolta pubblicitaria *on line* (che per l'azienda vale diversi miliardi di dollari, se si considera che il 92% dei suoi ricavi deriva dalla divisione "*Google Services*", in cui rientra la pubblicità, come si evince dal rapporto annuale [Form 10-K](#) del 2020 della *Securities and Exchange Commission* statunitense, Item 7) realizzato sfruttando le enormi capacità di raccolta di dati sui singoli consumatori attraverso cookies ed altri sistemi di tracciamento (si veda il [comunicato](#) relativo al procedimento A542 del 28 ottobre 2020).

¹⁵⁴ Tra i vari commenti a questa vicenda, nei suoi diversi passaggi, si vedano almeno C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Merc. concorr. reg.*, 2019, 195 ss.; A. GIANNACCARI, *Facebook e l'abuso da sfruttamento al vaglio del Bundesgerichtshof*, in *Merc. concorr. reg.*, 2020, 403 ss.; e C. KOENIG, *Exploit to Exclude: Federal Court of Justice Considers Facebook's Data Policy to Violate Competition Law*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, vol. 4, n. 4/2020.

¹⁵⁵ Per dirla con le parole di M. MIDIRI, *Privacy*, cit., 220, «non rientra nella concorrenza basata sui meriti un'attività imprenditoriale che viola discipline legali, pur estranee al diritto della concorrenza [...] Vi è dunque una strada per utilizzare la normativa sulla protezione dei dati come *benchmark* normativo».

¹⁵⁶ Il provvedimento amministrativo, infatti, è stato sospeso in via cautelare con una decisione giudiziale annullata tuttavia in sede di appello dal *Bundesgerichtshof* (con argomentazioni, però, diverse da quelle che sorreggevano l'atto dell'Autorità per la concorrenza), e la questione è oggi in attesa della decisione di merito (di primo grado).

decisivo per l'avallo o il definitivo abbandono della strada intrapresa verso un'integrazione delle discipline della protezione dei dati e della concorrenza.

Peraltro, a ben vedere, anche il GDPR mostra già qualche timido tentativo di regolazione in questa direzione, come testimonia la norma di cui all'art. 20 sul diritto alla portabilità dei dati, ai sensi del quale, quando il trattamento, che avvenga in forma automatizzata, ha come base giuridica il contratto o il consenso, «l'interessato ha il diritto di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento e ha il diritto di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento senza impedimenti da parte del titolare del trattamento cui li ha forniti». Ora, certamente la norma è ispirata (anche) ad una logica pro-concorrenziale, nel tentativo di impedire che il fornitore di un servizio digitale “blocchi” di fatto l'utente paventando il rischio che il passaggio ad altro operatore comporti la perdita di dati o anche solo la difficoltà di trasferirli¹⁵⁷. Tuttavia, è piuttosto evidente che essa offre un arsenale non troppo rifornito, anche perché, come è stato osservato, non solo quanto maggiore è il numero di informazioni conferite ad un fornitore di servizi tanto maggiore sarà (almeno percepito) il costo del passaggio ad un altro, così che, nei casi in cui il meccanismo potrebbe operare, vi sono ostacoli di fatto che spingono in direzione contraria, ma soprattutto non va trascurato l'effetto *network*, per cui la migrazione ad altro fornitore potrebbe far perdere quei vantaggi in termini di integrazione di servizi prestati dallo stesso fornitore¹⁵⁸.

Se la legislazione *antitrust* sembra oggi rappresentare uno dei fronti più avanzati, nel tentativo di colmare la strutturale inadeguatezza del quadro normativo vigente in tema di privacy tanto da costituire una via da percorrere, da parte dello Stato, per offrire una maggiore e più effettiva tutela alle situazioni soggettive di cui parliamo¹⁵⁹, un percorso analogo e strettamente collegato a quello avviato in Germania merita di essere ricordato nel nostro Paese per quanto riguarda la disciplina della tutela dei consumatori, ugualmente utilizzata “in combinato disposto” con quella sulla protezione dei dati personali. Ciò che, del resto, non stupisce se si pensa, per un verso, alle molte analogie esistenti tra la posizione del consumatore e quella dell'interessato, entrambi tutelati come soggetti vulnerabili attraverso normative di derivazione eurolunitaria, nonché, per altro verso, al legame ben noto tra promozione della concorrenza e tutela del consumatore¹⁶⁰, non a caso affidate al medesimo soggetto regolatore, di modo che se la prima può essere utilizzata a fini di garanzia della privacy non è sorprendente che anche la seconda possa esserlo¹⁶¹.

In questa prospettiva, una vicenda particolarmente significativa è quella che ha visto l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sanzionare, con provvedimento 29 novembre 2018, n. 27432, la società *Facebook* in quanto, da un lato, la gratuità dell'iscrizione al *social* veniva considerata pratica ingannevole, giacché all'interessato era fornita un'informativa sul trattamento

¹⁵⁷ Un cenno in tale direzione si legge in L. BIANCHI, *Il diritto alla portabilità dei dati*, in R. PANETTA (cur.), *Circolazione*, cit., 223 ss., la quale evidenzia come esso dovrebbe agire, in ipotesi, da stimolo per implementare *best practices* in tema di trattamento quale elemento di concorrenzialità sul mercato. Sul rapporto tra diritto alla portabilità e disciplina *antitrust* v. G. M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO, *GDPR e normativa privacy*, Milano, 2018, 209 ss., anche per la confutazione di alcune tesi volte a sminuire l'efficacia dell'art. 20 GDPR ai fini qui considerati; nonché, ampiamente, M. BORGHI, *Portabilità*, cit., 223 ss.

¹⁵⁸ Così M. BORGHI, *Portabilità*, cit., spec. 240 ss., il quale invero esprime dubbi sull'effettivo impatto della norma. Non a caso, del resto, come si vedrà *infra*, nel paragrafo 5.3., la proposta di *Digital Market Act*, volta ad introdurre maggiore ed effettiva concorrenzialità nei mercati digitali, interviene (anche) su questo diritto, cercando di migliorarne l'incisività.

¹⁵⁹ Secondo un auspicio espresso in modo assai argomentato da G. DE MINICO, *Big Data*, cit., 99 ss.

¹⁶⁰ In dottrina l'auspicio che nei mercati digitali operassero congiuntamente le tre discipline della concorrenza, della *data protection* e della tutela dei consumatori era stato avanzato, per esempio, da W. KERBER, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 11, n. 11/2016, 856 ss. In tema anche M. MIDIRI, *Privacy*, cit., 212, che parla di «tre settori distinti, ma uniti da “legami di famiglia”. Questi legami sono i principi del diritto europeo e delle costituzioni nazionali».

¹⁶¹ L'uso della normativa consumeristica in “combinato disposto” con quella in tema di protezione dei dati è oggetto di analisi da parte di C. ALVISI, *Dati personali*, cit., 673 ss.

talmente poco chiara che all'utente non sarebbe risultato evidente che la cessione dei dati personali avrebbe rappresentato una controprestazione per il servizio, mentre, dall'altro lato, veniva qualificata come pratica aggressiva quella già oggetto del provvedimento tedesco, in quanto il consenso dell'interessato finiva per essere condizionato dall'aver come unica alternativa all'accettazione della condivisione dei dati la rinuncia totale al servizio. Ora, appare di grande interesse il fatto che una stessa pratica, lesiva della protezione dei dati, abbia ricevuto tutela in due Stati europei differenti ricorrendo a due normative riconducibili ad ambiti diversi (ma entrambe pur sempre con origini nel diritto sovranazionale), sancendo così un quadro in cui le misure di garanzia si intrecciano e laddove quelle dirette non bastano, altri rami dell'ordinamento soccorrono.

Questa integrazione (verrebbe da dire, giustapposizione) di tutele, nel caso italiano, ha inoltre ricevuto un importante avallo dalla giurisprudenza, giacché il ricorso avverso il provvedimento amministrativo dell'*Antitrust* è stato accolto, ma solo limitatamente al secondo dei presunti illeciti sanzionati, da parte del TAR Lazio – Roma con le sentenze sez. I, 10 gennaio 2020, nn. 260 e 261¹⁶², confermate poi, in appello, dalla recente statuizione del Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631. Quest'ultima pronuncia, in uno con le decisioni impugnate, prima ancora che per il merito, assume una particolare importanza per il fatto di dare corpo ad una nuova prospettiva, laddove essa, a monte del *decisum*, fa riferimento all'«esigenza di garantire “tutele multilivello” che possano amplificare il livello di garanzia dei diritti delle persone fisiche, anche quando un diritto personalissimo sia “sfruttato” a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà dell'interessato-utente-consumatore»¹⁶³. Insomma, nel tentativo di conciliare l'assunto della indisponibilità dei diritti della personalità, tra cui evidentemente rientra quello in esame, con la indubitabile assunzione di valore economico dei dati, senza per questo ritornare ad una concezione di tipo proprietario di essi, il giudice amministrativo postula una sorta di scissione tra l'esercizio dei diritti dell'interessato, che risponde alla logica personalistica e trova disciplina nel GDPR e nelle norme interne di attuazione e integrazione, e lo sfruttamento del dato da parte della società che fornisce il servizio, per la quale esso non rappresenta altro che un *asset* economico, oggetto di negozi di scambio, nei quali tuttavia la imperfetta informazione dell'interessato ridonda in pratica commerciale scorretta¹⁶⁴, potendo così trovare parallela ma autonoma applicazione la disciplina consumeristica. Un ragionamento analogo, del resto, era già stato proposto in dottrina¹⁶⁵, nel sottolineare come attraverso la profilazione il titolare produca in effetti un nuovo bene giuridico, sganciato dalla dimensione personale e possibile oggetto di diritto esclusivo di sfruttamento e cessione, secondo il tipico regime proprietario. Il che, in effetti, sembra a mio avviso trovare anche un riscontro normativo, e precisamente nella esclusione dal diritto alla portabilità dei dati diversi da quelli che siano stati forniti direttamente dall'interessato, come appunto le elaborazioni che su di esse abbia compiuto il titolare.

La problematicità di questa prospettiva, per le questioni di vasta portata che implica, in primo luogo sulla ammissibilità, dal punto di vista dogmatico, dell'utilizzo di dati come corrispettivo negoziale, è evidente¹⁶⁶. Tuttavia, se è vero che la posizione del Consiglio di Stato, nel separare il dato, per quanto concerne la sfera di disponibilità dell'interessato, come elemento della personalità,

¹⁶² Su cui, *inter alios*, A. L. TARASCO, “Facebook” è “gratis”? “Mercato” dei dati personali e giudice amministrativo, in *Dir. econ.*, 2020, 265 ss.

¹⁶³ Punto 8 della parte motiva della decisione.

¹⁶⁴ Per dirla ancora con le parole del Collegio, «nell'appena descritta accezione non viene in emersione la commercializzazione del dato personale da parte dell'interessato, ma lo sfruttamento del dato personale reso disponibile dall'interessato in favore di un terzo soggetto che lo utilizzerà a fini commerciali, senza che di tale destino l'interessato conosca in modo compiuto le dinamiche».

¹⁶⁵ Per esempio da V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, in in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (curr.), *I dati personali*, cit., 48 ss.

¹⁶⁶ La questione è stata rilevata subito da G. SCORZA, *Si può fare commercio di dati personali?*, in *Agenda Digitale*, 30 marzo 2021, che giustamente sottolinea come si aprano anche altri interrogativi, fundamentalmente legati alla necessità di individuare l'Autorità competente e le modalità procedurali in tutte le ipotesi di “concorrenza di competenze”.

dal dato, in possesso del Titolare, come bene economico, può sembrare eludere, più che risolvere, il problema, a me pare che, *rebus sic stantibus*, essa rappresenti l'ottica più idonea tanto a descrivere la realtà attuale del mondo virtuale¹⁶⁷ quanto ad offrire un immediato strumento, in attesa di eventuali significativi interventi che spettano al decisore politico¹⁶⁸, di risposta alle esigenze di tutela effettiva per i diritti oggetto della nostra indagine¹⁶⁹. Non solo, ma la prospettiva del giudice amministrativo appare, al contempo, promettente di ulteriori sviluppi, alla luce della complementarietà tra due discipline differenti, ma di fatto convergenti nell'offrire una più completa garanzia ad un medesimo interesse, intaccato (accerchiato, verrebbe quasi da dire) da minacce di natura diversa.

In questa stessa ottica, potrebbero rinvenirsi soluzioni ulteriori, ad esempio, a salvaguardia dell'autodeterminazione informativa in senso più ampio¹⁷⁰. L'inserimento, a tacer d'altro, nell'art. 26, comma 1, lett. c) del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), tra le pratiche commerciali aggressive, idonee a limitare la libertà di scelta o di comportamento del consumatore, dell'ipotesi di ripetute sollecitazioni commerciali, appare significativo, tanto più per il fatto che la stessa norma, non a caso, richiama espressamente anche il Codice della privacy come disciplina di cui è fatta salva la parallela applicazione. Di modo che appare evidente come sia già presente nel diritto positivo (almeno) un caso in cui esplicitamente la normativa consumeristica si presenta come complementare a quella posta a garanzia della privacy.

5.2. Una proposta de jure condendo

In ottica *de jure condendo*, ma pur sempre muovendoci all'interno delle coordinate che caratterizzano il *corpus* normativo vigente, credo che vi sia un aspetto interessante su cui l'attenzione della dottrina – e ancor più del legislatore – non è stata adeguata¹⁷¹: il tema dei mezzi di tutela collettivi per la protezione dei dati.

Il GDPR, in effetti, al riguardo, dimostrando indubbiamente un certo *favor* per siffatti strumenti¹⁷², prevede all'art. 80 che «l'interessato abbia il diritto di dare mandato a un organismo, un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro, che siano debitamente costituiti secondo il diritto di uno Stato membro, i cui obiettivi statutari siano di pubblico interesse e che siano attivi nel settore della protezione dei diritti e delle libertà degli interessati con riguardo alla protezione dei dati personali, di proporre il reclamo per suo conto e di esercitare per suo conto» i rimedi amministrativi e giurisdizionali sia nei confronti dell'Autorità di controllo che del titolare o del responsabile, oltre che di agire in via risarcitoria ove previsto dall'ordinamento.

¹⁶⁷ Giacché, come scrive V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione*, cit., 45, negare che la fornitura di dati sia la controprestazione di uno scambio negoziale sarebbe «una lettura “ipocrita” del fenomeno» che potrebbe sostenere solo chi viva bendato in una stanza buia.

¹⁶⁸ Di cui le proposte descritte *infra*, al paragrafo 5.3 rappresentano un esempio, sebbene non nella prospettiva di superare il meccanismo alla base dell'attuale sistema, ovvero quello del dato come bene economico (anche) di scambio.

¹⁶⁹ Così lo stesso G. SCORZA, *Si può fare*, cit., il quale sottolinea come nei fatti si assista proprio al paradosso per cui i dati personali rappresentano l'identità di un individuo, ma al contempo sono oggetto di rapporti commerciali.

¹⁷⁰ Suggestivi in questa direzione possono leggersi in C. ALVISI, *Dati personali*, cit., spec. 688 ss.

¹⁷¹ Con alcune eccezioni, tra cui quella, come sempre formulata con lungimiranza, di S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., spec. 156 ss., ove l'A. intuiva già molto tempo addietro, con riferimento ad azioni collettive ed al possibile intervento di associazioni di consumatori o di utenti, che «le strategie di tutela della *privacy* [...] esigono molteplici strumenti, tra loro non incompatibili, e che, almeno in talune situazioni, possono operare congiuntamente».

¹⁷² Sul punto v. G. M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO, *GDPR*, cit., 588 ss., i quali evidenziano come la norma rappresenti una delle novità più rilevanti del GDPR.

Ora, a me pare che si tratti di una previsione importante, che offre uno strumento in più di cui avvalersi per dare maggiore effettività di tutela alle plurime situazioni soggettive che il Regolamento intende garantire. Non è certo raro, a ben vedere, il caso in cui il singolo interessato si trovi in una difficoltà di fatto ad esercitare i propri diritti, vuoi per ignoranza degli stessi, vuoi per incapacità di fare ricorso ai mezzi di tutela all'uopo predisposti, vuoi ancora per il carattere bagatellare (a livello del singolo rapporto, ma verosimilmente non a livello aggregato) degli interessi in gioco. In tutte queste ipotesi, l'affidamento dell'esercizio dei diritti ad un soggetto, privo di scopo lucrativo, può dare sostanza ad interessi, altrimenti lasciati privi di una tutela effettiva. E, se è vero che sulla base del dettato normativo ciò è già possibile, è pur vero, a mio avviso, che si renderebbe opportuno un intervento normativo integrativo, almeno a livello nazionale, che sostenesse e fornisse un quadro regolatorio più preciso a questi enti collettivi¹⁷³, prevedendo al contempo tanto misure volte a favorirne l'istituzione ed a sostenerne lo svolgimento delle funzioni (non necessariamente con interventi di carattere finanziario), quanto ad introdurre controlli finalizzati ad evitare che si creino "sindacati gialli", volti a canalizzare le pretese degli interessati verso forme più lasche di rivendicazione. D'altro canto, da tempo è stato rilevato come sia andato maturando, in generale, un modello costituzionale di promozione attiva dell'associazionismo proprio in correlazione ad interessi diffusi emergenti in campo sociale contro il potere privato dei grandi gruppi di interesse¹⁷⁴: modello che, *optimo jure*, meriterebbe di trovare espansione anche con riferimento alla tutela della privacy.

Se poi guardiamo alle analoghe branche dell'ordinamento in cui, attraverso enti collettivi di rappresentanza, si cerca di rimediare allo squilibrio tra un singolo individuo ed enti di dimensioni e forza (anche contrattuale) incommensurabili, quali il diritto del lavoro ed il diritto dei consumatori, si potrebbe forse ipotizzare l'introduzione di previsioni ancor più incisive. Ad esempio, la consultazione delle parti interessate ai fini della redazione della valutazione di impatto, ovvero uno dei documenti nei quali si sostanzia l'*accountability* del titolare, il quale deve provvedervi «quando un tipo di trattamento, allorché prevede *in particolare l'uso di nuove tecnologie* [...] può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche»¹⁷⁵ potrebbe essere introdotta, almeno per alcuni casi in cui le situazioni soggettive al nostro esame siano in pericolo, come obbligatoria e magari delegabile (anche) a soggetti collettivi di rappresentanza. Allo stesso modo, la consultazione delle parti interessate per l'adozione dei codici di condotta da parte di organismi rappresentanti le categorie degli interessati, suggerita dal *Considerando* n. 99, potrebbe essere prevista come necessaria misura procedimentale, coinvolgendo anche dal lato delle categorie di interessati le associazioni di rappresentanza. Od ancora, se è vero, come ho cercato di dimostrare, che il consenso si rivela in diverse ipotesi uno strumento di garanzia meramente formale di autodeterminazione informativa, a causa delle circostanze fattuali che circondano il suo rilascio, si potrebbe ragionare, limitatamente ai casi più delicati, di un consenso validamente espresso solo "in sede protetta", per mutare una terminologia del diritto sindacale, ovvero solo con una qualche forma di assistenza, compatibile con lo sviluppo dell'economia digitale, da parte di uno di questi enti collettivi, anche solo incanalando l'acquisizione dello stesso in una procedura concordata, magari nel contesto di un codice di condotta¹⁷⁶, con enti di rappresentanza degli interessi...degli interessati.

Peraltro, l'analogia con altri settori ordinamentali non si arresta qui, se si considera che il secondo paragrafo della medesima disposizione del GDPR prima riportata già prevede altresì la

¹⁷³ Tra le (assai poche) indicazioni che possono trarsi in via interpretativa dal Regolamento, secondo A. CANDINI, *Gli strumenti di tutela*, in G. FINOCCHIARO (cur.), *Il nuovo Regolamento*, cit., 590, vi è quella per cui, non essendo richiesta la protezione dei dati come finalità esclusiva dell'ente, anche Associazioni con finalità più ampie – *in primis* la difesa dei consumatori – potrebbero rientrare nel novero di essi.

¹⁷⁴ Cfr. G. GEMMA, *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, 1993, spec. 190 ss.

¹⁷⁵ Cfr. art. 35, par. 1, GDPR. Il corsivo è mio.

¹⁷⁶ Per la cui elaborazione, del resto, il *Considerando* n. 99 già prevede che gli organismi di rappresentanza dei titolari e dei rappresentanti dovrebbero consultare le parti interessate.

facoltà per gli Stati membri di stabilire un'autonoma legittimazione degli stessi enti collettivi ad agire a difesa di interessi collettivi¹⁷⁷.

Si tratta, in questo caso, di una opzione di cui il legislatore italiano non ha ritenuto di avvalersi¹⁷⁸, benché non manchino certo nell'ordinamento attuale ipotesi di tal fatta, ad esempio in materia ambientale o, ancora una volta, consumeristica. Epperò, a mio avviso è stata persa l'occasione per offrire uno strumento di difesa che potrebbe rivelarsi estremamente utile¹⁷⁹, specialmente laddove dovessero crearsi *network* europei, analoghi a quello delle Autorità di controllo, anche tra questi organismi di rappresentanza, la cui forza collettiva potrebbe tentare di esercitare pressioni e proporre azioni anche verso colossi della società digitale, di fronte ai quali abbiamo visto come la debolezza strutturale del GDPR stia proprio nell'aver immaginato un tradizionale rapporto bilaterale, che non corrisponde più alla realtà attuale. Ma se quella, in sé debole, previsione, viene proiettata su più ampia scala, sommando, per così dire, le frantumate situazioni soggettive individuali, allora potrebbe prendere corpo una forma di garanzia in grado forse di rappresentare un'arma più efficace. Di modo che, occorrerebbe sul punto sia un'azione a livello europeo di sostegno alla creazione di reti tra enti di rappresentanza collettiva, sia un intervento normativo a livello nazionale per creare il rimedio giudiziale necessario al fine di mettere in grado, anche nel nostro Paese, questi soggetti di procedere nel senso auspicato¹⁸⁰.

5.3. Volgendo lo sguardo all'orizzonte

Seppure in una prospettiva di (ben) più lungo termine, ed ancora *de jure condendo*, c'è a mio parere una terza via, che mi sembra indirizzata verso una direzione meritevole di essere percorsa. Mi riferisco, in questo caso, al ripensamento complessivo della *governance* dei dati, che, sulla base della *Strategia europea per i dati* elaborata dalla Commissione¹⁸¹, si è tradotta in una proposta di Regolamento, destinato a comporre, con il GDPR e altri due atti normativi presentati in materia di servizi e di mercati digitali¹⁸², un *corpus* normativo, dal cui complesso potrebbero trovare almeno un principio di soluzione anche quelle nuove esigenze di tutela che la privacy richiede nella sua dimensione attuale, ancora una volta mutate a seguito del nuovo contesto tecnologico¹⁸³.

¹⁷⁷ In tema A. MANTELERO, *La privacy*, cit., 1202 ss., ove l'A. sottolinea come, per un verso, l'analogia sia più forte con l'ambito consumeristico di quanto non lo sia con quello lavoristico, stante l'indeterminatezza del gruppo costituito dagli interessati, non immediatamente identificabile *a priori*, sebbene, per altro verso, nel contesto della protezione dei dati azioni collettive rischierebbero di incontrare un limite nella difficoltà di reazioni tempestive, per la difficoltà stessa degli interessati di venire a conoscenza della lesione che stanno subendo.

¹⁷⁸ Invero non certo in modo isolato, giacché nella stessa direzione si orientata la maggior parte dei Paesi UE, come rammaricato dal Parlamento europeo nella *Risoluzione* citata del 25 marzo 2021, al cui punto 18 si invitano gli Stati membri ad avvalersi dell'opzione offerta dal GDPR.

¹⁷⁹ Analogamente G. DE MINICO, *Big Data*, cit., 98, che invero critica il legislatore europeo per non avere introdotto una «*class action*, la cui spersonalizzazione del legittimato all'azione processuale ben si combina col concetto di danno diffuso».

¹⁸⁰ Per l'ammissibilità di una *class action* in materia di privacy, in analogia a quella presente in ambito consumeristico, v. G. M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO, *GDPR*, cit., 591 ss., i quali (contrariamente a A. CANDINI, *Gli strumenti*, cit., 589) ritengono che a ciò non osti il fatto che l'art. 80 sembri alludere ad azioni per la tutela di interessi pur sempre individuali, giacché il *Considerando* n. 142, cui esso fa rinvio, curiosamente utilizza una diversa formulazione in cui viene utilizzato il plurale.

¹⁸¹ Cfr. [Comunicazione](#) della Commissione europea del 19 febbraio 2020 *Una strategia europea per i dati*, COM(2020) 66 final.

¹⁸² Per un primo commento, in prospettiva integrata, del pacchetto proposto dalla Commissione nel dicembre 2020 v. M. LEISTNER, *The Commission's vision for Europe's Digital Future: Proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – A critical primer*, 23/02/2021, reperibile nella repository [SSRN](#).

¹⁸³ Sottolineo, per inciso, che il sistema descritto nel testo quanto alla sua componente giuridica presuppone, tuttavia, *a latere*, per poter adeguatamente funzionare, anche il perseguimento di due politiche pubbliche, come

Un'analisi, seppure per sommi capi, di alcuni contenuti essenziali di questi atti normativi mi pare a questo punto opportuna, in quanto essi testimoniano di una sensibilità volta ad un approccio al tema decisamente più in linea con i tempi e in grado di indicare una strada che merita di essere percorsa, con la finalità di superare le criticità più strutturali che ho rilevato nell'attuale impianto di protezione dei diritti di cui ci stiamo occupando.

(A) Il primo – e certamente più rilevante ai nostri fini – atto di cui vale la pena trattare è la proposta di “Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla *governance* europea dei dati” (c.d. *Data Governance Act*) presentato dalla Commissione il 25 novembre 2020¹⁸⁴. Si tratta di un provvedimento che ha come obiettivo generale quello di massimizzare, nel rispetto della privacy, la disponibilità dei dati e lo scambio sia nella direzione pubblico-privato che in quella speculare, in modo tale da contrastare l'egida delle *Big Tech* e consentire a nuovi soggetti privati, in ottica pro-concorrenziale, di potersi avvalere del plusvalore in termini di sviluppo della disponibilità di importanti raccolte di dati, ma anche agli organismi pubblici di disporre di informazioni fondamentali per la definizione dei propri indirizzi politici.

In questa direzione, è anzitutto rilevante quanto la proposta prevede in tema di riutilizzo dei dati nella disponibilità di organismi pubblici¹⁸⁵. Essa, infatti, per un verso valorizza l'anonimizzazione e altre tecniche volte ad assicurare che i vantaggi derivanti dalla maggiore disponibilità dei dati non si traduca in una retrocessione nella tutela dei diritti dei singoli; per altro verso, al contempo, la stessa assicura non solo la diffusione di dati utili a fini di statistica e ricerca e sviluppo, ma anche la differenziazione del ritorno economico che i soggetti pubblici possono ottenerne, fino ad azzerarlo ove il riuso vada a beneficio delle PMI o di altri soggetti con maggiori difficoltà a disporre di *Big Data* o comunque persegua finalità di natura non commerciale¹⁸⁶. Insomma, una sorta di “democratizzazione” dell'accesso ai dati, nel tentativo di conciliare lo sviluppo tecnologico con esigenze di natura sociale.

In secondo luogo, non mi pare nemmeno da trascurare l'obiettivo di rendere trasparente l'intermediazione dei dati, attraverso previsioni volte ad istituzionalizzare il ruolo dei soggetti che svolgono questa attività, con l'obbligo di notifica e soprattutto con la loro corresponsabilizzazione nella funzione di controllo sugli utilizzatori finali. Tra questi soggetti, poi, di particolare interesse sono le cooperative di dati, come enti «che aiutano interessati o imprese individuali, microimprese o piccole e medie imprese, che sono membri della cooperativa o che conferiscono alla cooperativa il *potere di negoziare i termini e le condizioni per il trattamento dei dati* prima di dare il loro consenso, a compiere scelte informate prima di acconsentire al trattamento dei dati»¹⁸⁷. Seppure il testo precisi che l'esercizio dei diritti resta appannaggio del singolo individuo¹⁸⁸, si tratta di una previsione che, per un verso, prende atto della debolezza del consenso lasciato a se stesso ed affianca un opportuno sostegno, mentre, per altro verso, attribuisce un vero e proprio potere negoziale agli interessati, in forma associata in quanto l'unica ad attribuire un reale peso contrattuale, sulla falsariga di quanto peraltro a mio avviso già si potrebbe – e dovrebbe – fare anche solo modificando ed integrando il GDPR.

Da ultimo, il provvedimento dedica alcune disposizioni agli organismi che, previa iscrizione in apposito registro pubblico, intendano attuare una vera e propria forma di volontariato in ambito di dati personali. Questi ultimi, infatti, vengono ad essere possibile oggetto (anche) di donazione con finalità altruistica tramite soggetti che all'uopo, sotto l'opportuno controllo delle Autorità preposte,

peraltro l'Unione europea sembra avere ben presente, ovvero adeguati investimenti nella infrastruttura digitale pubblica e nell'alfabetizzazione informatica, quali *conditio sine qua non* affinché la tutela offerta dal diritto trovi condizioni fattuali adeguate alla sua concreta realizzazione.

¹⁸⁴ V. la [proposta](#) della Commissione contenuta nel documento COM(2020) 767 final.

¹⁸⁵ Integrando, in questo senso, le previsioni della direttiva 2019/1024 del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

¹⁸⁶ Su questi passaggi si vedano i *Considerando* 6 e 20 nonché l'art. 6 della proposta.

¹⁸⁷ Art. 9 della proposta (corsivo mio), a corredo del quale si veda anche il *Considerando* 24.

¹⁸⁸ Salvo che lo Stato, sfruttando la facoltà offerta dal GDPR e della quale ho detto poc'anzi, abbia già previsto rimedi collettivi, deve intendersi.

onde evitare che dietro di essi si realizzi confusione con realtà imprenditoriali che vogliono surrettiziamente appropriarsi di informazioni personali, ne assumono il compito di raccolta e diffusione previo rilascio di idonee garanzie di protezione dei singoli. Del resto, se la regolazione parte dal presupposto che i dati hanno valore patrimoniale – fino a rappresentare un *asset* strategico dello sviluppo economico¹⁸⁹ – non appare a quel punto incoerente consentire che essi, oltre che di cessione retribuita (anche con la fruizione di un servizio), possano altresì essere oggetto di atti di disposizione a titolo (realmente e consapevolmente) gratuito, al fine di essere utilizzati per finalità di interesse generale.

(B) Una seconda proposta di “*Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE*” (cd. *Digital Services Act*) è stata presentata il 15 dicembre 2020 dalla Commissione¹⁹⁰, al fine di rivedere la disciplina dei servizi digitali e incidere sulla *governance* della rete. Non si tratta, quindi, propriamente, di un atto normativo che interviene sul trattamento dei dati personali; tuttavia, poiché disciplina l’ambiente stesso in cui le situazioni soggettive al nostro esame trovano il loro ordinario terreno di sviluppo e le loro principali insidie, non stupisce che si possano rinvenire previsioni direttamente rilevanti anche per il nostro oggetto di indagine.

In particolare, le misure riguardanti la pubblicità sulle piattaforme *on line* suscitano interesse in quanto, integrando le norme del GDPR in tema di profilazione (ivi incluso il necessario consenso dell’interessato ed il diritto di questi di opporsi al trattamento), danno più completa attuazione al principio di trasparenza, imponendo alle piattaforme stesse di rendere note, tra l’altro, le «informazioni rilevanti sui principali parametri utilizzati per determinare il destinatario al quale viene mostrata la pubblicità»¹⁹¹. In questo modo, l’interessato ha maggiori *chances* di acquisire effettiva consapevolezza sulla profilazione cui è assoggettato e, per l’effetto, vi è una maggiore probabilità che egli eserciti in concreto i suoi diritti. Si tratta, insomma, di una disposizione utile nell’ottica in particolare dell’**autodeterminazione informativa e dell’identità personale**, nella misura in cui essa cerca di evitare che le proprie preferenze vengano (subdolamente) eterodirette cristallizzando, quando non guidando, le scelte negoziali o, più genericamente, di vita.

(C) Sempre al tema della profilazione sono peraltro dedicate alcune previsioni, sebbene forse meno incisive dal punto di vista della tutela della privacy di quanto non lo siano in prospettiva *antitrust*, dell’altro atto presentato dalla Commissione il 15 dicembre 2020, nel medesimo quadro della *Strategia europea per i dati* e di fatto complementare al precedente, ovvero la proposta di “*Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali)*”, il cd. *Digital Markets Act*¹⁹².

L’articolato normativo, infatti, ad integrazione della lacuna rilevata nel GDPR, pone proprio specifica attenzione sulla raccolta dei *Big data* e la loro elaborazione algoritmica per finalità di

¹⁸⁹ «The oil of the digital era», per ricorrere alla significativa – e divenuta celebre – espressione utilizzata nell’articolo *The world’s most valuable resource is no longer oil, but data*, apparso su [The Economist](#) del 6 maggio 2017.

¹⁹⁰ Cfr. la [proposta](#) della Commissione COM(2020) 825 final. In essa si dà conto anche delle Risoluzioni del Parlamento cui essa intende fornire risposta, sulle quali tuttavia sarebbe ultroneo qui soffermarsi.

¹⁹¹ Art. 24, lett. c) della proposta della Commissione. Analoga è la previsione di cui all’art. 30, par. 2, lett. d) che, per le piattaforme di grandi dimensioni, stabilisce l’obbligo di tenuta di un registro che rechi anche «un’indicazione volta a precisare se la pubblicità fosse destinata ad essere mostrata a uno o più gruppi specifici di destinatari del servizio e, in tal caso, i principali parametri utilizzati a tal fine».

¹⁹² Il [testo](#) è pubblicato con l’identificativo COM(2020) 842 final. Una rassegna delle previsioni recate da esso può leggersi in P. IBÁÑEZ COLOMO, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*; e G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, TILEC Discussion Paper, n. 4/2021, entrambi del 22 febbraio 2021 e reperibili nella *repository* SSRN, rispettivamente <https://ssrn.com/abstract=3790276> e <https://ssrn.com/abstract=3797730>

profilazione¹⁹³. Una sorta di presa d'atto di questo meccanismo di funzionamento del mercato digitale, infatti, si rinviene nell'*incipit* del *Considerando* 61, ove si legge che «gli interessi degli utenti finali in materia di protezione dei dati e di privacy sono rilevanti ai fini di qualsiasi valutazione degli effetti potenzialmente negativi della pratica adottata dai gatekeeper, consistente nel raccogliere e nell'accumulare grandi quantità di dati provenienti dagli utenti finali», laddove con il termine *gatekeeper* si allude al fornitore di servizi di piattaforma di base (come un motore di ricerca, un *social network*, un *cloud*, ecc.) che abbia una posizione consolidata nel suo settore e rappresenti una porta di accesso privilegiata attraverso cui gli utenti commerciali possono raggiungere quelli finali (in tal senso la definizione recata dall'art. 3 del testo). Tuttavia, il divieto stabilito per i *gatekeeper* di combinare i dati ricavati dall'uso della piattaforma con quelli provenienti da altre sue attività o da terzi non è configurato come assoluto, potendo essere superato, come precisa l'art. 5, con uno specifico consenso dell'interessato. Previsione, questa, che ripropone la già vista criticità più generale della effettività della tutela offerta dall'istituto del consenso in ottica di protezione dell'interessato, e la cui problematicità non viene mitigata dalla espressa previsione (nell'art. 11) dell'obbligo di garantire la effettiva osservanza delle statuizioni regolamentari.

Più significativo, invece, è quanto l'atto prevede in tema di trasparenza, laddove il *Considerando* n. 61 chiarisce che «è opportuno che i gatekeeper forniscano quanto meno una descrizione della base su cui è realizzata la profilazione, indicando anche se si avvalgono dei dati personali e dei dati derivati dall'attività dell'utente, il trattamento applicato, lo scopo per il quale è preparato e in ultima analisi utilizzato il profilo, l'impatto di tale profilazione sui servizi del gatekeeper e i provvedimenti adottati per consentire agli utenti finali di essere a conoscenza dell'uso pertinente di tale profilazione, nonché per chiedere il loro consenso» e, più incisivamente, l'art. 13 stabilisce l'obbligo di ottenere un *audit* indipendente sulle tecniche di profilazione utilizzate, di cui è previsto un aggiornamento annuale. Si tratta di disposizioni che sembrano introdurre in modo esplicito il diritto per l'interessato di poter comprendere la logica che guida il funzionamento dell'algoritmo, la cui mancanza – almeno in termini espliciti – nel GDPR¹⁹⁴ non sembra porsi in coerenza con il principio fondamentale della trasparenza.

La proposta, peraltro, prevede altresì che spetti ai *gatekeeper* garantire l'osservanza degli obblighi previsti dalla normativa UE in materia di protezione dei dati personali da parte degli utenti commerciali che la utilizzano, ai quali la piattaforma deve consentire, per un verso, di acquisire direttamente il consenso dell'interessato con la stessa facilità con cui ne è previsto il rilascio per i servizi offerti dalla piattaforma stessa, nonché, per altro verso, di assicurare agli interessati strumenti effettivi per l'esercizio del diritto di portabilità dei dati¹⁹⁵. Insomma, ciò che si intende

¹⁹³ Sul contributo della proposta in esame ad una migliore e più completa attuazione del GDPR, v. S. VEZZOSO, *The Dawn of Pro-Competition Data Regulation for Gatekeepers in the EU*, 25 gennaio 2021, reperibile nella repository [SSRN](#), spec. 5 ss.

¹⁹⁴ Il Regolamento, infatti, sul punto, si limita a stabilire, nel *Considerando* n. 71, che l'interessato deve ricevere «specifiche informazioni», mentre l'art. 13, par. 2, lett. f), oltre ad indicare che lo stesso deve essere reso edotto dell'esistenza di una decisione automatizzata, prescrive che, in tal caso, gli siano fornite «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento». L'esistenza di un «diritto alla spiegazione» o di un «diritto alla leggibilità» dell'algoritmo, alla luce principalmente di questa disposizione, è stata oggetto di un interessante dibattito, in cui vale la pena segnalare, su posizioni opposte, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, vol. 7, n. 2/2017, 76 ss.; e G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, vol. 7, n. 3/2017, 243 ss. Per la posizione favorevole all'esistenza di un siffatto diritto, cui mi sembra preferibile aderire alla luce del preciso richiamo, nel testo, alla logica del processo decisionale, si vedano da ultimo le argomentazioni portate da G. DE MINICO, *Towards*, cit., 397 ss.

¹⁹⁵ Rispettivamente art. 11, par. 2 ed art. 6, par. 1, lett. h. Quest'ultima disposizione è apprezzata da S. VEZZOSO, *The Dawn*, cit., 10, per il fatto di costituire un mezzo efficace per dare quell'effettività al diritto alla portabilità, che il GDPR non è in grado di assicurare.

evitare è che il *gatekeeper* tenti di mantenere solo per sé i dati, abusando così della propria posizione a danno degli utenti commerciali della piattaforma allorché si pongano quali suoi possibili concorrenti. Di modo che, specularmente a quanto abbiamo visto sta avvenendo oggi, con questo atto normativo non sarebbe tanto la disciplina della concorrenza a tutelare i diritti oggetto della nostra indagine, quanto piuttosto la normativa sulla protezione dei dati ad assicurare una concorrenza sui mercati digitali¹⁹⁶. Il che, sia pure a ruoli invertiti, conferma lo stretto legame tra i due ambiti.

6. Nota conclusiva

Il progresso tecnologico – lo rilevavo nell’aprire questa indagine – ha da sempre plasmato protezione dei dati e identità personale, di cui ha fatto apparire, in un processo senza sosta, nuovi profili, che rispondono a bisogni emergenti di tutela a fronte di nuovi pericoli e minacce che lo sviluppo delle tecnologie porta con sé. Ma se nel periodo considerato all’inizio dell’analisi il ritmo dell’evoluzione era piuttosto lento, tanto da essere compatibile con i tempi di risposta di un legislatore mediamente pronto a cogliere le nuove istanze provenienti dal contesto sociale, lo stesso si è fatto con il fluire del tempo sempre più incalzante, fino ad arrivare ad un’epoca – quella attuale – in cui gli atti normativi corrono fortemente il rischio di nascere già inidonei a rispondere al continuo mutamento tecnologico. Non solo, ma la diffusione di una realtà digitale pervasiva e atipica, destinata sempre più a fondersi con quella *off line*, in un legame in cui tendono ad assottigliarsi fino a svanire i confini tra l’una e l’altra, porta con sé lo smarrimento di coordinate spaziali, complicando non poco il compito del regolatore.

In questo contesto, a me pare che l’unica soluzione per offrire una efficace tutela ai due diritti fondamentali a protezione della personalità umana, che hanno costituito l’oggetto delle presenti note, sia quello di un approccio integrato, che possa cercare di portare a sintesi coerente diverse strade, che vanno percorse simultaneamente.

Da un lato, infatti, è quanto mai necessaria una integrazione tra fonti di livello internazionale e sovranazionale e fonti interne, che possa rispondere alla diffusione della rete ed alla sua mancanza di riferimenti a luoghi fisici corrispondenti al concetto di territorio quale noto agli studi costituzionalistici¹⁹⁷, pur senza obliterare le ineliminabili specificità nazionali¹⁹⁸. Da questo punto di vista, l’“accentramento” a livello di UE determinatosi con il passaggio dallo strumento della direttiva a quello del Regolamento¹⁹⁹ per la protezione dei dati (ma in realtà, come abbiamo visto, a tutela di molti aspetti delle situazioni soggettive qui esaminate) trova piena giustificazione e non può che salutarsi con favore²⁰⁰, così come il tentativo che l’atto euronitario compie di dispiegare i propri effetti, per quanto possibile, al di fuori dei confini unionali²⁰¹, nella consapevolezza della

¹⁹⁶ Analogamente, S. VEZZOSO, *The Dawn*, cit., 8 ss.

¹⁹⁷ Tra le analisi volte a indagare l’effetto di smarrimento spaziotemporale conseguente alle tecnologie comunicative in genere, ed alla rete in particolare, v., *ex plurimis*, P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del XXVII Convegno annuale Salerno, 22-24 novembre 2012, Napoli, 2014, spec. 53 ss.

¹⁹⁸ È questo un punto su cui insiste F. PIZZETTI, *Riflessioni metodologiche allo studio dei diritti “nella rete della rete”*, in ID. (cur.), *Il caso*, cit., 2 ss.

¹⁹⁹ In relazione al quale, ampiamente, L. DURST, *Oggetto*, cit., spec. 52 ss.

²⁰⁰ Benché, la Commissione, con la *Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio del 24 giugno 2020 sulla protezione dei dati come pilastro dell’autonomia dei cittadini e dell’approccio dell’UE alla transizione digitale: due anni di applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati (COM(2020)0264)*, 8 ss., abbia rilevato come, nei fatti, il ricorso alle clausole di specificazione contenute nel GDPR sia stato ampiamente utilizzato dagli Stati membri ed abbia condotto al mantenimento di una non secondaria frammentazione normativa.

²⁰¹ Sarebbe qui ultroneo soffermarmi sull’ambito di applicazione territoriale del Regolamento; per questo profilo, v., *ex plurimis*, G. M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO, *GDPR*, cit., 18 ss.

dimensione mondiale della rete e dei *player* del settore²⁰². Lo stesso aggiornamento della Convenzione n. 108 del 1981 del Consiglio d'Europa, cui ho fatto cenno in precedenza²⁰³, è indirizzato in questa stessa prospettiva.

D'altro lato, però, l'approccio integrato cui facevo riferimento va inteso anche nel senso che la tutela per le situazioni soggettive di cui parliamo richiede di essere ripensata ed adeguata al contesto della realtà digitale nella quale sono immerse e dalla quale, pertanto, vengono le principali minacce. Ed allora fondamentale e imprescindibile appare il tentativo di sistematizzare le discipline del "mondo digitale" e di considerare la protezione dei dati e l'identità, attraverso la specifica normativa a loro tutela, come uno dei cardini di un più ampio *corpus*, in via di costruzione, per la regolazione dei mercati digitali, ma che sarebbe auspicabile si estendesse alla regolazione della rete nel suo complesso. Anche se, sul punto, assume particolare rilievo il timore che, come in diversi recenti precedenti (non ultimo il GDPR), le resistenze e le pressioni degli operatori del mercato digitale (*Big Tech* per prime) prolunghino l'*iter* per un tempo assai dilatato, durante il quale l'evoluzione tecnologica facilmente scompiglierebbe nuovamente le carte.

Una ulteriore forma di approccio integrato è quella che guarda all'uso combinato di discipline nate per regolare ambiti differenti, come si palesa già, peraltro, opportunamente nel ricorso concorrente alle normative consumeristica, *antitrust* e di *data protection*. Le quali, pur nella loro specificità, possono apportare a loro volta una tutela assai preziosa in contesti non sufficientemente presidiati od in cui comunque i confini tra ciò che è regolazione del mercato e ciò che è garanzia per i diritti fondamentali della persona tende molto a sfumarsi. Il che, peraltro, comporta l'ampliamento dei soggetti preposti alla garanzia dei diritti della personalità qui in esame²⁰⁴: se, infatti, precedentemente l'intervento statale si esplicava attraverso il binomio giudice ordinario – Garante per la protezione dei dati, ora esso vede coinvolta anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, e, conseguentemente, il giudice amministrativo, titolare di giurisdizione esclusiva in sede di eventuali impugnazioni, con la necessità di trovare forme di coordinamento ed integrazione anche sotto il profilo istituzionale per i soggetti che presidiano la tutela della privacy e dell'identità.

Da ultimo, se una minaccia significativa è oggi rappresentata da forti poteri privati, non mi sembra da trascurare la maggiore garanzia che anche formazioni collettive di natura privatistica, ma prive di finalità lucrative e sorte con lo scopo di assicurare maggiore garanzia alle situazioni soggettive al nostro esame, possono offrire attraverso una tutela collettiva, invero in gran parte ancora da costruire e possibilmente da elevare al livello territoriale più ampio possibile. Un approccio che integra, in buona sostanza, strumenti di natura pubblicistica con altri di natura privatistica.

Tutto ciò richiede, in ogni caso, una previa condizione, ovvero la consapevolezza e la volontà politiche di intervenire per cercare di guidare e indirizzare lo sviluppo tecnologico, anziché subirlo, così da evitare che il sistema di regole giuridiche ed ancor prima valoriali che sta alla base della società resti travolto da quei fenomeni epocali che più volte il progresso delle tecniche ha segnato nel corso della storia²⁰⁵. Occorre, in buona sostanza, che la politica (ri)afferma il proprio primato sulla tecnologia²⁰⁶ e che i soggetti regolatori (legislatori sovranazionali e interni *in primis*) non si

²⁰² Consapevolezza che, come rileva V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia*, in in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (curr.), *I dati personali*, cit., 21 ss., si evince anche dal riferimento al fatturato mondiale come parametro previsto dall'art. 83 per la quantificazione delle sanzioni.

²⁰³ V. *supra*, nota 67.

²⁰⁴ Attuandosi quel "pluralismo processuale" di cui parlava M. MEZZANOTTE, *Il diritto*, cit., 265, per il quale, se nell'attuale società sono aumentate le insidie per la privacy, ciò «ha indotto lo Stato a riallocare le funzioni al suo interno al fine di moltiplicare gli strumenti di intervento ed i mezzi di tutela».

²⁰⁵ Così già F. PIZZETTI, *Riflessioni*, cit., 8 ss. In termini analoghi anche C. COLAPIETRO, *Il diritto*, cit., 36, il quale parla di una «deriva tecnologica [...] a cui non è possibile non reagire, dal momento che l'uso della tecnica deve essere al servizio dei diritti».

²⁰⁶ Su cui, in relazione all'emergenza pandemica, insiste particolarmente G. DE MINICO, *Virus e algoritmi. Impariamo da un'esperienza dolorosa*, in laCostituzione.info, 1° aprile 2020.

affidino a questa con una fiducia di stampo positivistico, ma si adoperino piuttosto nel tentativo di governare il fenomeno tecnologico, assumendosi la responsabilità (politica, per l'appunto) delle scelte regolatorie in materia ed effettuando adeguati investimenti infrastrutturali, al fine di evitare che l'assenza (o, quanto meno, il ritardo) nell'innovazione finisca per aumentare l'attuale distanza tra la capacità tecnologica dei poteri privati e quella dello Stato²⁰⁷.

I diritti, infatti, nel mondo digitale si possono tutelare solo con la tecnologia²⁰⁸, a condizione che questa sia indirizzata dal decisore politico, il quale è chiamato ad assumere le proprie responsabilità affinché sia il diritto a stabilire le regole ed alla tecnica si faccia ricorso per darvi attuazione.

Del resto, da tempo è stato evidenziato come la tecnologia sia plasmata da istanze culturali e il suo stesso sviluppo, prima ancora dell'utilizzo, può ben essere indirizzato attraverso l'introduzione di limiti di carattere etico e giuridico²⁰⁹. In questa direzione, il GDPR ci offre già una *best practice* rappresentata dalla *privacy by design*, laddove l'aver previsto l'obbligo di implementare misure di protezione fin dalla fase di progettazione di un processo (aziendale, produttivo, ecc.) che comporti il trattamento di dati è un buon esempio di vincolo che incide sul momento genetico stesso di nuove tecnologie, costrette a "fare i conti" con la privacy come loro componente essenziale²¹⁰.

Parallelamente, credo non sia meno necessario prendere atto che, contrariamente a quella che mi sembra ancora la visione dominante, la privacy va letta (e dovrà sempre più essere letta) come una libertà *nello* Stato e non (solo e non tanto) *dallo* Stato, per usare un paradigma ben noto al diritto costituzionale²¹¹.

Chiunque, infatti, navighi in rete, lascia, per ciò solo, inevitabilmente dietro di sé, in modo più o meno consapevole, scie di informazioni sul proprio conto, prontamente raccolte da soggetti privati, "moligopolisti" di dimensioni colossali, che attraverso di esse riescono, tramite profilazione²¹², a conoscere le sue preferenze e pertanto a proporgli, durante la navigazione o sui *social*, solo i contenuti graditi (sempre gli stessi) "ingabbiandolo" in una sorta di bolla, dalla quale discendono, per la società operante nel *web*, ampi profitti pubblicitari ed invece, per l'interessato, una forte limitazione della propria libertà di informazione, a dispetto delle originarie promesse della rete.

²⁰⁷ Di una «stretta interrelazione tra *governance* politica ed infrastruttura tecnologica, non senza ricadute sui diritti fondamentali (legati, in particolare, alla sfera della *privacy*)» ragiona L. TRUCCO, *App Immuni*, cit. Nella stessa prospettiva si pone M. PLUTINO, "Immuni", cit., 555, allorché rileva come la necessità per gli Stati di ricorrere alle tecnologie delle *Big Tech* sia tra le ragioni che spiegano talune normative statali, le quali, celando in realtà politiche industriali fortemente sollecitate da questi soggetti privati, si manifestano come eccessivamente compressive delle medesime situazioni soggettive in nome di esigenze di sicurezza, latamente intesa.

²⁰⁸ Sottolinea giustamente L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit., 131, che le «ICT digitali offrono già alcuni strumenti per controbilanciare i rischi e le sfide che rappresentano per la *privacy*», giacché esse «non erodono inevitabilmente la *privacy*, possono anche migliorarla e proteggerla».

²⁰⁹ In questo senso, v., per esempio, le riflessioni di U. PAGALLO, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa*, Milano, 2008, 218 ss.

²¹⁰ Osserva, analogamente S. CALZOLAIO, *Protezione*, cit., 610, che, se il diritto può essere neutro rispetto alla tecnica, non necessariamente vale anche l'opposto, così che la codificazione della *privacy by design* appare il mezzo principale per veicolare il diritto.

²¹¹ Sulla *privacy* come libertà positiva, per assicurare la quale è necessario un *facere* da parte di un'Autorità pubblica v. G. DE MINICO, *Towards*, cit., spec. 389.

²¹² Evidenzia, sul punto, S. CALZOLAIO, *Protezione*, cit., 603, che «nel contesto tecnologico dato, la profilazione (in modo e gradi diversi) della persona è una condizione strutturale e inevitabile. La produzione incessante di dati comporta quasi automaticamente la possibilità e l'esigenza di creare profili individuali e collettivi. La profilazione definisce l'individuo [...] nel contesto sociale, poiché consente a chi profila di prevederne le attività».

Non solo, ma quegli stessi soggetti privati, con tali dati, arrivano ad influenzare, quando non a determinare, le politiche pubbliche, a censurare soggetti politici²¹³ e fin anche, più in generale, ad esercitare prerogative di fatto sovrane.

Se questo è, come rilevato da più parti, un pericolo per la democraticità del sistema²¹⁴, è allora opportuno un nuovo e forte intervento pubblico, non solo, in generale, a regolazione della rete, ma anche, più nello specifico, a garanzia, delle situazioni soggettive di cui qui ci siamo occupati²¹⁵, sia quando ciò comporti un potenziamento delle sfere di intervento delle Autorità Garanti, a supporto di diritti il cui mero riconoscimento normativo non può risolversi in una tutela effettiva²¹⁶, sia quando ciò significhi rendere disponibile un'ampia quantità di dati in mano pubblica a preferenza di un soggetto privato²¹⁷.

Resta, è vero, la necessità che la risposta avvenga al livello territoriale più ampio possibile, laddove, se quello nazionale non appare nemmeno in ipotesi poter essere reputato sufficiente, anche quello europeo non può essere pienamente adeguato, a fronte di poteri di livello planetario.

Di modo che, pur con tutte le criticità che ciò comporta, rimane di piena attualità il tema della ricerca di modalità per opporre anche a poteri diversi dallo Stato, ma che con esso condividono prerogative di fatto sovrane, il riconoscimento ed il rispetto di quei diritti fondamentali, tra cui appunto la privacy e l'identità personale, che nell'esperienza costituzionale, anche multilivello, si sono andati consolidando ed hanno trovato esplicita affermazione²¹⁸.

E se in questo l'attività della Corte di Giustizia è stata, in alcune circostanze, sicuramente meritoria per lo sforzo di attribuire efficacia orizzontale alle previsioni di cui agli artt. 7 ed 8 della Carta dei diritti fondamentali²¹⁹, mi pare che le proposte normative sul campo in Europa possano offrire un contributo ulteriore nella direzione auspicata, pur nell'evidente difficoltà di affermare una sovranità digitale a livello continentale e soprattutto con la consapevolezza, stante la centralità per l'economia digitale, della posta in palio e di come ci si muova su un terreno minato in cui la

²¹³ Ovvio il riferimento alla censura, seppure in quel caso non del tutto priva di ragioni, che ha colpito l'ex Presidente statunitense Donald Trump, sulla quale, per tutti, v. M. MANETTI, *Facebook, Trump e la fedeltà alla Costituzione*, in *Forum di quaderni costituzionali – Rassegna*, n. 1 del 2021, 194 ss.

²¹⁴ Una posizione analoga è espressa con forza da B. CARAVITA, *Davanti ad un mondo che cambia chi è più pericoloso tra Trump e Zuckerberg?*, in *Federalismi.it*, n. 1 del 2021, 5 ss.

²¹⁵ In questa direzione condivido appieno i rilievi, ancor più autorevoli per il fatto di provenire da una studiosa che è stata anche componente dell'Autorità Garante, di L. CALIFANO, *Trasparenza e privacy: la faticosa ricerca di un bilanciamento mobile*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO, *Le nuove frontiere*, cit., 53 ss., la quale ricorda come la riservatezza subisca interferenze quotidiane che «si rivelano spesso operazioni svolte da soggetti spregiudicati, che si avvalgono di banche dati massive». Di modo che – continua l'A. – «le tendenze degli ultimi anni hanno dimostrato come siano questi i pericoli più tangibili e allarmanti per i cittadini comuni; è quindi avverso questi comportamenti che diviene cruciale irrobustire gli sforzi e affinare gli strumenti per la protezione della privacy».

²¹⁶ È in questa prospettiva che V. CUFFARO, *Il diritto europeo*, cit., 22, legge le norme del GDPR sui poteri delle Authorities.

²¹⁷ L'importanza per il decisore pubblico di disporre di dati che spesso oggi sono di esclusiva pertinenza di enti privati è evidenziata anche nella Comunicazione del 19 febbraio 2020 citata *supra*, alla nota 181, 8 ss.

²¹⁸ Del resto, come scrive T. E. FROSINI, *Costituzionalismo 2.0*, in ID., *Liberté, égalité, internet*, Napoli, 2019, 189, «la sfida che nel Ventunesimo secolo attende il costituzionalismo è, prevalentemente, quella riferita alla tecnologia, ovvero come dare forza e protezione ai diritti di libertà [...] in un contesto sociale profondamente mutato dall'innovazione».

²¹⁹ Sulla protezione della privacy in ambito digitale come terreno privilegiato in cui si è mosso il giudice di Lussemburgo per assicurare, anche nei confronti di soggetti privati, un'efficace tutela dei diritti fondamentali, v. O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *Medialaws*, 2018, 138 ss., il quale peraltro rileva come l'efficacia orizzontale delle disposizioni costituzionali sui diritti, non universalmente riconosciuta a livello comparato, sembra però essere ormai sdoganata a livello europeo. Peraltro, l'Autore evidenzia, in modo pienamente condivisibile, come i fattori determinanti del riconoscimento di una tutela estensiva della privacy e dei dati personali siano stati, da un lato, la dimensione a-territoriale delle nuove tecnologie e, dall'altro, l'intento della Corte di assoggettare anche i soggetti privati al rispetto delle prerogative costituzionali previste dalla Carta.

possibilità di ingenerare, a livello internazionale, contrapposizioni tra blocchi regionali con visioni tra loro alquanto difformi, è assai forte.

Il tutto, però, a condizione che i tempi per giungere a nuove regolazioni siano adeguatamente brevi; dal momento che, in difetto, ci ritroveremo ancora una volta di fronte al rischio che, pur con diverse (e ben più vaste) coordinate geografiche, *dum Romae consulitur, Saguntum expugnatur*.

Federico Girelli**La disabilità e il corpo nella dimensione costituzionale***

ABSTRACT: *The cultural approach for which some people are the so-called “normal one” and some others are “disabled” persists. Instead, it is necessary to realize that there is a unique human race, made up of people, each with its peculiarities, each with its dignity: the point is that disability is one of the many displays of the human person, placed at the center of the republican constitutional program. The body, the σῶμα, the external dimension of the person or a particular genetic condition must not become an insuperable obstacle to the process of the full development of the human being enshrined in the Italian Constitution, which perceives the social relationships with other people as the core of the authentic social inclusion. Indeed, the heart of the constitutional protection of people with disabilities consists of precisely safeguarding and enhancing their specific socialization needs.*

SOMMARIO: 1. Persone con disabilità, non soggetti diversamente abili. - 2. Il corpo di «Romito 8»: tracce preistoriche di una società inclusiva. - 3. Il modello costituzionale: il «nuovo diritto alla socializzazione». - 4. Contro le barriere (non solo) architettoniche: la «Casa Agevole» e la diversità come dimensione autenticamente umana. - 5. Un unico genere umano.

1. *Persone con disabilità, non soggetti diversamente abili.*

L’approccio alla disabilità nella prospettiva del corpo solo apparentemente potrebbe sembrare riduttivo. Collocandosi in questa prospettiva, infatti, non si vuole certo intendere che la disabilità sia solamente fisica. È noto, ad esempio, come una particolare condizione genetica possa incidere sulle capacità intellettive di una persona, senza implicare necessariamente difficoltà motorie. Anche in questo caso, com’è evidente, la disabilità è intimamente connessa, riconducibile (*rectius*) al corpo, poiché il genoma costituisce la componente di base dell’organismo che contiene il “programma” del suo potenziale sviluppo.

Che le persone con disabilità siano appunto *persone* come tutte le altre è fuori discussione, eppure non sembra inutile ribadirlo e ribadirlo con forza. Lo spirito di concretezza, che deve guidare chi si accosta ad un tema così delicato, qual è quello *delle* disabilità, impone di non poter dar nulla per scontato. Ed è proprio in quest’ottica che si è prescelto di muovere l’analisi dalla dimensione esteriore, fisica (nel senso sopra chiarito) della persona, in quanto consente di mettere con immediatezza a fuoco i problemi di fondo che abbiamo di fronte.

Le persone con disabilità, proprio perché *persone*, sono dunque identificabili nella unità sinodale di mente e fisico: se una persona non è nelle condizioni di fare la corsa ad ostacoli, è forse meno persona di chiunque altro? Se una persona non è in grado di effettuare anche il più semplice calcolo matematico, è forse anche lei meno persona di chiunque altro? La risposta a queste due domande (retoriche) non può naturalmente che essere “no, certo che no”. E sia chiaro: queste due ipotetiche persone in ragione della loro specifica condizione non riescono affatto a svolgere le attività indicate, quindi nemmeno le svolgono *diversamente* rispetto ad altri, proprio perché sono “persone con disabilità”. Questa formula definitoria, del resto, rappresenta la scelta terminologica ora “consacrata” nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 18/2009) ed è da preferirsi all’espressione “soggetti diversamente abili”, in quanto appare più aderente alla realtà ed al contempo sottolinea la pienezza dell’essere persona di chi appunto ha una disabilità anche grave.

Ciò posto, che la disabilità sussista non solo in ragione della particolare condizione fisica di una persona, ma anche, e in misura consistente, per via del contesto che gli individui trovano intorno a sé, non sfugge certamente: proprio la dimensione relazionale, sociale, come emergerà più avanti,

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

risulta centrale in questa riflessione che ha il corpo quale punto focale. La disabilità, peraltro, viene “misurata”, oltre che “sul corpo” delle persone, tenendo conto altresì dell’ambiente in cui esse vivono, secondo l’approccio integrato (medico e sociale) proprio della «Classificazione Internazionale del Funzionamento della Disabilità e della Salute» (ICF), di recente rinnovata dall’OMS¹.

Essenziale, in quest’ottica, allora è comprendere che la disabilità non va edulcorata, santificata o peggio nascosta, ma in quanto manifestazione della persona umana va vista e riconosciuta come tale, senza infingimenti.

Il punto è che «le differenze non sono riducibili come diseguaglianze; vanno accettate, anzi vanno valorizzate perché più noi ci rendiamo conto che le differenze sono importanti, per quel che richiamano anche in termini valoriali di rispetto e di importanza della persona, più la società in qualche modo diventa per così dire più umana. // Questo è il grande interrogativo che assilla i sociologi oggi: riuscire a immaginare relazioni sociali umane»².

2. Il corpo di «Romito 8»: tracce preistoriche di una società inclusiva.

E per comprendere esattamente l’«oggi» delle relazioni autenticamente «umane» occorre volgere lo sguardo al passato.

Il corpo, abbiamo detto, è la lente attraverso la quale interpretare, valutare le questioni oggetto del nostro studio; e allora da *un* corpo prenderà l’avvio la nostra indagine: il corpo di «Romito 8».

In Calabria nel Parco nazionale del Pollino nella «Grotta del Romito» (di qui il suo nome) è stata rinvenuta nel giugno 2002 la sepoltura di questo nostro progenitore vissuto circa 12.500 anni fa.

Dalle ricerche effettuate in questo importante sito preistorico è emerso che «Romito 8» probabilmente era un cacciatore, di corporatura robusta. Il corpo presenta però tracce di un trauma agli arti, che gli provocò la paralisi del braccio sinistro e forse anche della gamba sinistra. «Romito 8» deve essere caduto rovinosamente, inseguendo una preda oppure fuggendo lui stesso da un animale feroce, ma non morì per questo incidente. Le analisi fatte sulle ossa delle gambe mostrano che restava spesso accovacciato e quelle sui denti rivelano una notevole usura degli stessi. Nelle sue condizioni – è chiaro – aveva perso il suo ruolo di cacciatore, ma quella società primitiva (nel senso di preistorica) non lo abbandonò a se stesso: lo aiutò anzi a “reinventarsi”, a conquistarsi una nuova posizione nella comunità. L’usura così profonda dei denti, infatti, lascia presumere che venissero impiegati non solo per alimentarsi, ma per svolgere un vero e proprio lavoro: «Romito 8», a detta degli archeologi, probabilmente era dedito alla masticazione di legno morbido o canne, che, a seguito di questo “trattamento”, venivano poi utilizzati dagli artigiani del tempo per costruire cestini oppure stuoie³.

C’è da chiedersi se oggi, nell’«età della tecnica»⁴, si riesca sul serio a realizzare un esperimento di inclusione lavorativa e sociale altrettanto efficace.

Che però *si debba* procedere in quella direzione è iscritto nel programma costituzionale repubblicano, per cui la realizzazione della «pari dignità sociale» è funzionale al «pieno sviluppo della persona umana»⁵.

Se, allora, il principio personalista innerva l’intera trama del tessuto costituzionale, non c’è ragione *costituzionale*, appunto, per cui da tutto ciò *alcune persone* vengano escluse.

¹ Vedi S. DE CARLI, *Pubblicato l’ICF2020: perché parlare di funzionamento in tempi di pandemia è cruciale*, in [Vita](#), 20 ottobre 2020.

² M. COLASANTO, *Conclusioni*, in F. Girelli (cur.), *Lavoro e disabilità. Disciplina normativa e percorsi di inserimento*, Napoli, 2010, 113.

³ Cfr. G. A. STELLA, *Diversi. La lunga battaglia dei disabili per cambiare la storia*, Milano, 2019, 20-21.

⁴ Vedi N. IRTI, *Il diritto nell’età della tecnica*, Napoli, 2007.

⁵ Cfr. F. MODUGNO, *I diritti del consumatore: una nuova «generazione» di diritti?* in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, 2008, 1371.

3. Il modello costituzionale: il «nuovo diritto alla socializzazione».

Il corpo, il *σῶμα*, plasmato magari da una peculiare condizione genetica, connota la persona con disabilità, che, in quanto *persona*, non solo, come le altre, è collocata al centro del disegno costituzionale, ma gode altresì della specifica protezione riconosciuta ai cosiddetti «soggetti deboli»⁶.

Tale locuzione viene qui impiegata non certo per rimarcare uno stato di minorità, ma per sottolineare come la Repubblica esiga l'adempimento da parte di ognuno (sia soggetti privati sia istituzioni pubbliche) dei doveri di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*, affinché realmente *tutti* i cittadini abbiano «pari dignità sociale», condizione, come detto, strumentale al «pieno» sviluppo della personalità (art. 3 Cost.)⁷: solo così si costruisce una società *autenticamente* inclusiva, ovvero sia pronta a plasmare se stessa per accogliere tutte le diversità. E con specifico riferimento alle persone con disabilità si impone particolarmente uno sforzo di coinvolgimento delle stesse secondo la logica del «*nothing about us, without us*», canone ispiratore della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 18/2009), che si qualifica altresì per aver accolto «la prospettiva del cosiddetto modello “bio-psico-sociale” della disabilità»⁸.

La base dell'obiettivo costituzionalmente imposto di autentica inclusione sociale va rinvenuta nella possibilità (concreta) di instaurare relazioni con gli altri: il cuore della tutela costituzionale delle persone con disabilità consiste proprio nella salvaguardia e valorizzazione delle loro specifiche esigenze di socializzazione, già sottolineate nella storica [sentenza della Corte costituzionale n. 215/1987](#) e poi costantemente ribadite nella giurisprudenza costituzionale successiva.

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, anzi, consentirebbe di enucleare quello che è stato definito il «nuovo diritto alla socializzazione» delle persone con disabilità⁹.

Il primo pilastro, su cui è fondato questo «nuovo diritto» (che, invero, si atteggia a vero e proprio «meta-diritto»), è il riconoscimento del diritto all'istruzione¹⁰, in quanto solo grazie ad un efficace inserimento degli studenti disabili nelle scuole è ipotizzabile un realistico e concreto percorso di inclusione sociale, che, ove possibile, contempra anche una proficua integrazione nel mondo del lavoro. Del resto, nella prospettiva costituzionale è «soprattutto la *qualità* del lavoro [...] che conta» ovvero sia «la capacità delle forme di organizzazione del lavoro di garantire lo sviluppo della personalità del singolo nel confronto con gli altri»¹¹. In questo senso emblematica appare la [sentenza della Corte costituzionale n. 163/1983](#) laddove afferma: «non sono costituzionalmente, oltre che

⁶ Vedi C. COLAPIETRO e F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, con presentazione di F. Modugno, Napoli, 2020, 23 ss. Sul concetto di soggetto «debole» quale categoria giuridica vedi: M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, n. 1/1999, 25 ss.; L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti «deboli». Spunti per una teoria della «debolezza»*, in C. Calvieri (cur.), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005, Torino, 2006, 35 ss. Con particolare riferimento alle persone con disabilità: A. LORENZETTI, *Dis-eguaglianza e disabilità*, in M. Della Morte (cur.), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Atti del Convegno di Campobasso, 19-20 giugno 2015, Napoli, 2016, 173 ss. (spec. 181 ss.).

⁷ Sulla «pari dignità sociale» vedi G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss.; di recente: A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 3/2019; P. ZUDDAS, *La pari dignità sociale a tre dimensioni. Posizione giudizio trattamento*, Milano [Padova], 2019.

⁸ Vedi G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020, 52.

⁹ Vedi S. SCAGLIARINI, «*L'incessante dinamica della vita moderna*». *I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in E. Cavasino, G. Scala e G. Verde (curr.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, 247 ss.

¹⁰ Sul diritto fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità vedi, naturalmente, S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Milano, 2012 e, sul quadro attuale, G. Matucci (cur.), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola «aperta a tutti» alla prova della crisi economica*, Milano, 2019. Da ultimo, v. C. COLAPIETRO e F. GIRELLI, *Persone con disabilità e Costituzione*, cit., 92 ss. e, per gli strumenti di tutela, spec. 139 ss. nonché, se si vuole, F. GIRELLI, *La garanzia del diritto fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 3/2020, 100 ss.

¹¹ Così M. LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, in M. Ruotolo (cur.), *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008, 255.

moralmente, ammissibili esclusioni e limitazioni dirette a relegare su un piano di isolamento e di assurda discriminazione soggetti che, particolarmente colpiti nella loro efficienza fisica o mentale, hanno invece pieno diritto di inserirsi nel mondo del lavoro».

Seppure scuola e lavoro costituiscano le direttrici principali seguite nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale per delineare il (dovuto) percorso di inclusione sociale delle persone con disabilità, non sono le uniche. Se è il corpo il *fil rouge* che lega e indirizza queste nostre considerazioni allora occorre por mente anche a quelle decisioni ove la Consulta ha dato risalto alla qualità della vita di relazione, compromessa non solo dalla disabilità della persona, ma soprattutto dall'ingiustificata mancata predisposizione dei mezzi di contrasto di tale compromissione, di compensazione della condizione di oggettivo svantaggio.

A tal proposito, in particolare, non si può non richiamare la [sentenza n. 167/1999](#), che ha così statuito: «la impossibilità di accedere alla pubblica via, attraverso un passaggio coattivo sul fondo altrui, si traduce nella lesione del diritto del portatore di handicap ad una normale vita di relazione, che trova espressione e tutela in una molteplicità di precetti costituzionali: evidente essendo che l'assenza di una vita di relazione, dovuta alla mancanza di accessibilità abitativa, non può non determinare quella disuguaglianza di fatto impeditiva dello sviluppo della persona che il legislatore deve, invece, rimuovere. // L'omessa previsione della esigenza di accessibilità, nel senso già precisato, della casa di abitazione, accanto a quelle, produttivistiche, dell'agricoltura e dell'industria rende, pertanto, la norma denunciata in contrasto sia con l'art. 3 sia con l'art. 2 della Costituzione, ledendo più in generale il principio personalista che ispira la Carta costituzionale e che pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana». Una decisione, questa, in cui non poco deve aver pesato «la considerazione dei rapporti di fatto sottostanti»¹² e dove (conseguentemente) «erompono prepotentemente le esigenze dell'eguaglianza sostanziale, della necessità di perseguire attraverso la concreta rimozione degli ostacoli di ordine sociale il completo sviluppo della personalità secondo il programma espresso dal principio costituzionale»¹³.

4. Contro le barriere (non solo) architettoniche: la «Casa Agevole» e la diversità come dimensione autenticamente umana.

Nel momento in cui ci si accosta ad un tema come la disabilità, specie se poi osservata tramite il prisma del corpo, occorre dotarsi necessariamente di senso pratico, attesa l'indissolubilità del *thema*, appunto, con la vita reale delle persone: non è un caso che nel ricordato giudizio di costituzionalità (astratto per definizione) il «fatto» abbia avuto un peso decisivo. L'annoso problema delle barriere architettoniche¹⁴, che obiettivamente non può negarsi abbia ricevuto nel tempo risposte sul piano normativo e giurisprudenziale, *di fatto* continua purtroppo ad incidere negativamente sulla qualità della vita di molte persone con disabilità sia in quella che potremmo definire la propria mobilità esterna sia in quella all'interno del proprio domicilio, «proiezione spaziale della persona» ([Corte cost. n. 135/2002](#)).

Giova allora far riferimento ad una soluzione *pratica* che è stata elaborata per far fronte a simili difficoltà e che vuole rappresentare un esempio concreto della «inclusione sociale perseguita dalla legge 104/1992»: la «Casa Agevole», progettata nel 2004 dall'architetto Fabrizio Vescovo «in accordo e nell'ambito della Fondazione Santa Lucia», grazie al finanziamento della Regione Lazio.

Si tratta di una «soluzione spaziale/organizzativa», il cui brevetto, cointestato appunto all'architetto Fabrizio Vescovo e alla Fondazione Santa Lucia, è stato depositato quale «Brevetto di modello di utilità» (n. RM2004-U-000208) del 23.12.04». La peculiarità del progetto consiste nel

¹² Vedi N. LIPARI, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, in [Questione Giustizia](#), n. 1/2020, 19.

¹³ Così G. SERGES, *Anacronismo legislativo, eguaglianza sostanziale e diritti sociali*, in *Giur. it.*, 2000, 686.

¹⁴ Sul «concetto di barriera architettonica» vedi A. MARRA, *Barriere architettoniche*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, 2011, 191 ss. (ora in A. D. MARRA, *Società, disabilità, diritti. Come i disability studies hanno attecchito nella giurisprudenza italiana*, con prefazione di Giacomo Travaglio, Vivaldi, 2018, 65 ss.).

fatto che è stato realizzato pensando ad una «utenza ampliata», in applicazione dei «positivi e innovativi criteri dell' *Universal Design*». Le soluzioni tecniche adottate non sono volte a soddisfare le (sole) esigenze di una specifica categoria di persone, bensì quelle di «una ampia fascia pluri-generazionale», onde intercettare il «maggior numero di fruitori»: una casa, una casa *vera*, destinata ad essere abitata non solo da persone con disabilità (motoria o sensoriale), ma anche da bambini, anziani, coppie. Una casa, non un ospedale, con spazi pensati come «spazi domestici», appunto, onde «modificare il pre-concetto negativo», per cui chi si sposta con una sedia a ruote necessita per forza di grandi spazi di manovra. La «Casa Agevole», che si compone di due bagni, due camere da letto, ingresso, soggiorno, cucina, area pranzo, armadi e ripostigli, si estende per circa 60 mq, è definibile una «*Concept House*», nel senso che è «un prototipo di alloggio non virtuale ed utopistico ma concretamente realizzato». Il progetto, invero, costituisce «una azione esemplificativa concreta e sperimentale» di ampio respiro, in quanto esprime *come* la Regione intenda si debba intervenire nella costruzione di nuovi edifici o nel recupero di quelli esistenti, tenendo conto di «molteplici aspetti qualitativi»¹⁵. Del resto, la «filosofia» dell' *Universal Design* (o progettazione universale che dir si voglia) «svincola [...] l'accessibilità dalla disabilità, in quanto mira a elaborare una progettazione non già “orientata alle esigenze dei disabili”, ma orientata alla fruibilità da parte di tutte le persone (comprese le persone con disabilità)»¹⁶.

Nell'era in cui l'ambizione umana pare non avere confini, sino a lambire l'immortalità, a pensare sul serio di poter «trasformare *Homo sapiens* in *Homo Deus*»¹⁷, la dura realtà è che il genere umano, *proprio perché tale*, continua ad avere dentro di sé una cospicua (a detta dell'OMS)¹⁸ componente di persone che recano su di sé i segni più evidenti della dimensione autenticamente umana, che non si lascia ridurre in una pur apollinea omologazione.

In proposito prezioso è l'insegnamento di Andrea Canevaro sull'«appartenenza»: la «originalità di un individuo è nell'appartenenza ad una pluralità di originalità che compongono una società». La metafora del «patchwork» rende appieno il senso di questa prospettiva: «Un bel patchwork, che significa “lavoro con le pezze”, valorizza il singolo pezzo di stoffa nell'insieme. I singoli pezzi vanno accostati e cuciti per formare un insieme di gusto, con diversi colori e stoffe che armonizzino per accostamento e collocazione. La composizione può essere geometrica, per sovrapposizione, con decorazioni ritmiche... e può dare un risultato sgargiante o sobrio... Le possibilità sono molte, e sono date dalla varietà, non certo dall'omogeneità»¹⁹.

D'altra parte, la Corte costituzionale ha espressamente affermato che i disabili non costituiscono un gruppo omogeneo ([sentenza n. 80/2010](#)); e questo, invero, non vale certo solamente per le persone con disabilità. Bisognerebbe, anzi, prendere consapevolezza del fatto che in realtà siamo tutti diversi: «abbiamo tutti diritto a conservare la nostra diversità, la nostra identità»²⁰.

5. Un unico genere umano

Resta il fatto che riuscire a far convivere le diversità non è (seppur doveroso) un percorso semplice, anche perché in esso non ci si può esimere dal confrontarsi anche con le questioni più delicate.

¹⁵ Cfr. F. VESCOVO, *Superare le barriere architettoniche [Barriere architettoniche e disabilità: eliminarle è possibile]*, in C. Colapietro e A. Salvia (curr.), *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, Napoli, 2013, 90 ss.

¹⁶ Così A. MARRA, *Barriere architettoniche*, cit., 199 (ora in A. D. MARRA, *Società, disabilità, diritti. Come i disability studies hanno attecchito nella giurisprudenza italiana*, cit., 85).

¹⁷ Vedi Y. N. HARARI, *Homo Deus. Breve storia del futuro* [2015], traduzione dall'inglese di M. Piani, Firenze-Milano, 2019, 31.

¹⁸ Vedi G. A. STELLA, *Diversi. La lunga battaglia dei disabili per cambiare la storia*, cit., 13-14.

¹⁹ Cfr. A. CANEVARO, *Ti accompagno, dall'ambiente ai contesti*, in [La Bottega del Possibile](#), 2013, 5 e 8.

²⁰ Così G. M. FLICK, *Relazione conclusiva. Diritto e disabilità o “diritto alla disabilità”?* in C. Colapietro e A. Salvia (curr.), *Assistenza, inclusione sociale* cit., 391.

Si pensi, ad esempio, alla sessualità, che non va certo immiserita, riducendola alla sola fisicità, ma che – è ovvio – reclama il corpo come attore protagonista. Il tema è di una importanza e delicatezza tale, che certamente non può qui esser sviscerato, nondimeno si può ricordare come in altri ordinamenti sia stata disciplinata la figura professionale dell'assistente sessuale. Nella Legislatura in corso (la XVIII) risultano presentate alla Camera dei deputati le proposte di legge n. 1876 «Disposizioni in materia di assistenza all'emotività, all'affettività, alla corporeità e alla sessualità per le persone con disabilità» e n. 963 «Istituzione della figura dell'educatore al benessere sessuale per le persone disabili». Al di là delle norme che in materia il legislatore vorrà poi realmente dettare, un qualsivoglia ragionamento sulla sessualità delle persone con disabilità non può certo prescindere dalle condizioni di contesto socio-culturale, nell'ambito del quale viene appunto avanzato: la configurabilità stessa di un «diritto alla sessualità», che esiga poi di essere garantito, potrebbe in effetti rappresentare «una delle cartine al tornasole di più processi culturali in atto nella società e che riguardano tutti»²¹.

Ed è allora importante ricordare che ogni 3 dicembre si celebra la Giornata internazionale delle Persone con Disabilità perché questo evento mette a fuoco il fatto che c'è ancora una larga parte dell'umanità, che troppo spesso non si vede riconosciuto appieno il proprio ruolo all'interno del genere umano: iniziative come questa servono proprio ad incidere sul contesto socio-culturale, in cui le persone con disabilità e le loro famiglie si trovano a confrontarsi quotidianamente.

L'approccio culturale per cui da una parte ci siano i c.d. "normali" e dall'altra i "disabili" ancor oggi fatica ad esaurirsi. Occorre invece rendersi conto che su questo nostro piccolo terzo pianeta esiste un unico genere umano, fatto di persone, ognuna con le sue peculiarità, ognuna con la sua dignità: il punto è che la disabilità è una delle tante manifestazioni della persona umana, collocata, come ricordato, al centro del programma costituzionale repubblicano.

La disabilità, peraltro, è una condizione che può anche sopravvenire per via degli imprevedibili accadimenti della vita; anzi, la pandemia da Covid-19 ci dimostra nei fatti come nessuno possa considerarsi immune da situazioni di fragilità personale o sociale.

Una società consapevole di tutto ciò si comincia a costruire a scuola, ove si trova terreno fertile nei bambini, che porterà i suoi frutti, se adeguatamente arato e coltivato; se, secondo le (chiare) indicazioni della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa [[Corte cost. n. 275/2016](#); [Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023](#); [Cons. Stato \(Parere definitivo\), Sez. I, 15 marzo 2021, n. 403](#)], verranno impiegate le necessarie risorse pur in un quadro economico non certo roseo: ma di fronte alla «tirannia del danaro» occorre «dispiegare [...] i mezzi della *cultura* del costituzionalismo e della *forza* del diritto costituzionale»²².

E proprio nel mondo dei bambini (forse non è un caso) si può trovare qualche riferimento per provare a svolgere delle considerazioni conclusive sulle implicazioni della relazione fra corpo e disabilità.

In questi tempi difficili, in cui s'è sperimentata «una interazione sociale [...] senza i corpi»²³, l'ultimo Natale (2020) è stato vissuto in una dimensione del tutto nuova e, magari, con una più intensa spiritualità rispetto al passato, proprio perché non si è potuto avere vicino *fisicamente* tutte le persone care con cui di solito viene condivisa questa festività.

Resta fermo che quello natalizio è il periodo in cui legittimamente (di norma) i bambini alle più diverse latitudini, ormai indipendentemente dalle convinzioni religiose, iniziano a pensare ai regali.

Fra le bambole in vendita quest'anno era disponibile anche la Barbie sulla sedia con le ruote. Questa immagine non ha trovato un favore generalizzato; se ne possono ben comprendere le ragioni: il primo impatto emotivo che questo tipo di giocattolo può suscitare può essere tanto intenso, quanto negativo, se non altro perché realizzare un prodotto con tali sembianze potrebbe sembrare un'operazione commerciale di dubbio gusto.

²¹ Vedi A. ROTELLI, *I diritti della sfera sessuale delle persone con disabilità*, in [Questione Giustizia](#), n. 2/2016, 256.

²² Vedi M. LUCIANI, *Danaro, politica e diritto*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2006, 26.

²³ Vedi A. STERPA, *Diritto e corpo. Elementi per una questione*, in [Federalismi.it](#), n. 11/2021, 186.

Che la disabilità non sia affatto un gioco è fuor di dubbio: per averne conferma basta rivolgersi alle persone che sulla propria pelle vivono questa condizione od anche a chi vive loro vicino.

Nondimeno, la scelta della casa produttrice della Barbie non si presta ineluttabilmente ad una lettura negativa.

Questa bambola in fondo dà un messaggio importante: la disabilità è una condizione che riguarda tutti, non solo pochi sfortunati, anche perché chiunque può diventare disabile temporaneamente o permanentemente²⁴. Non solo, qui a venir rappresentata è una giovane donna con disabilità. E, se non si può negare che «i problemi si aggravano ulteriormente» allorquando ad essere disabile è proprio una donna, ad esempio in ambito lavorativo²⁵, nemmeno si possono disconoscere i positivi traguardi raggiunti dalla normativa eurounitaria di contrasto alla discriminazione delle persone con disabilità, tra cui va senz'altro ricordata la Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 (recepita in Italia con il d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216), che stabilisce appunto un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro²⁶.

Nessuno, dunque, anche solo per motivi egoistici, potrebbe ragionare in questi termini: “la cosa non mi riguarda, non mi interessa”. Nemmeno Barbie, che rappresenta l'immagine stereotipata per antonomasia della bellezza e del vigore del corpo giovanile.

Che poi le bambine o i bambini quando giocano con le bambole possano scegliere tra i personaggi delle storie, che inventano, anche persone che si muovono con la sedia con le ruote non sembra affatto comportare ricadute negative; tutt'altro: la possibilità di una costruzione plurale del gioco, che contempi anche le differenze fra le persone, riscontrabili in fin dei conti nella realtà dei rapporti umani, può ben venir declinata in termini di *opportunità*.

L'auspicio, allora, è che non occorra scomodare la «prima categoria formale assiomatica» ossia «l'autorelazione del singolo con sé come unità psico-fisica», radicata nell'art. 13 Cost.²⁷, perché venga compreso che Barbie resta Barbie anche se ora si muove su una sedia con le ruote.

²⁴ Emblematiche in proposito sono le riflessioni di R. F. MURPHY, *Il silenzio del corpo*. Antropologia della disabilità [1990, 1987], edizione italiana a cura di R. Medeghini, traduzione di E. Valtellina, Trento, 2017.

²⁵ Cfr. G. DE SANTIS, *Lavoro e disabilità: una nuova linea di riflessione e ricerca*, in F. Girelli (cur.), *Lavoro e disabilità* cit., 20.

²⁶ Vedi R. CERA, *Tutela e non discriminazione delle persone con disabilità nella normativa dell'Unione europea*, in C. Colapietro e A. Salvia (curr.), *Assistenza, inclusione sociale* cit., 317 ss. (sulla Direttiva 2000/78/CE, spec. 320 ss.).

²⁷ Vedi F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 11.

Francesco Torre

Data retention: una ventata di “ragionevolezza” da Lussemburgo
(a margine della sentenza della [Corte di giustizia 2 marzo 2021, C-746/18](#))*

ABSTRACT: *The paper analyses the recent Court of Justice judgment of 2 march 2021 about data retention regulation. Having revisited the developments on the subject matter both in European and Italian legislation and case law, this research assesses the conceivable internal consequences that such judgement might create in our own legal system.*

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Una normativa a lungo attesa. – 3. Un percorso ad ostacoli tra “snobismo” e garantismo. – 4. Il giudizio di proporzionalità sul canone di ... proporzionalità. – 5. L’interpretazione del canone di proporzionalità. – 6. Alla ricerca dell’interpretazione più ardita: la giurisprudenza italiana sulla *data retention*. – 7. Gli effetti della sentenza sull’ordinamento italiano ovvero la cronaca di una confusione annunciata nell’attesa di un intervento del legislatore.

1. *Il caso.*

La Corte di giustizia è nuovamente intervenuta in materia di accesso e conservazione dei dati personali relativi al traffico telefonico ed informatico e dei dati relativi alla ubicazione – la cosiddetta *data retention* – chiarendo definitivamente gli aspetti rimasti ancora controversi della sua giurisprudenza, con effetti potenzialmente dirompenti nella legislazione italiana¹.

La pronuncia in commento² trae origine da un rinvio pregiudiziale del *Riigikohus*, la Corte suprema estone, in merito all’interpretazione dell’art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002; la domanda, *ex art. 267 TFUE*, è stata presentata nell’ambito di un procedimento penale instaurato a carico di H.K. per le imputazioni di furto, di uso della carta bancaria di un terzo e di violenza nei confronti di persone partecipanti ad un procedimento giudiziario. Nel condannare H.K. a due anni di reclusione «il Viru Maakohus (Tribunale di primo grado di Viru) si è fondato, tra l’altro, su vari processi verbali redatti in base a dati relativi a comunicazioni elettroniche»³.

La Corte suprema estone dubitava che la normativa interna, l’art. 111 della legge relativa alle comunicazioni elettroniche, fosse compatibile con l’art. 15 della direttiva 2002/58/CE, così come interpretato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Tele2*⁴ del 21 dicembre 2016. In particolare, le questioni pregiudiziali sollevate si appuntavano in merito a due aspetti essenziali in tema di accesso ai dati di traffico e di ubicazione ovvero l’individuazione delle caratteristiche che deve avere l’autorità competente ad autorizzare l’accesso e se tale accesso debba essere circoscritto unicamente per particolari categorie di reati.

Nel rispondere alle questioni sollevate dalla Corte estone, sembra quasi che i giudici del Kirchberg si rivolgessero indirettamente anche alla nostra Corte di cassazione che era riuscita, attraverso l’utilizzo di tecniche interpretative “acrobatiche”, a salvare la disciplina interna in materia – l’art. 132 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cd. *Codice della privacy*) – nonostante «vi siano seri argomenti per dubitare»⁵ della sua compatibilità con la normativa europea. Ed invero, con la sua pronuncia, la Corte

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ Di «riflessi sinistri» parla E.N. LA ROCCA, *A margine di una recente sentenza della Corte di giustizia Ue (C-748/18): riflessi sinistri sulla disciplina delle intercettazioni in Italia*, in [Diritti Comparati](#), 8 aprile 2021.

² [Corte di giustizia, 2 marzo 2021, H.K. contro Prokuratuur, C-746/18.](#)

³ Punto 17 [sent. H.K.](#)

⁴ Corte di giustizia, 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige e Watson e a.*, C-203/15 e C-698/15 a commento della quale si veda O. POLLICINO, M. BASSINI, *La Corte di giustizia e una trama oramai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 9 gennaio 2017.

⁵ Così I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, in [Sistema Penale](#), 5/2020, 185. A dubitare della compatibilità della normativa italiana anche S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2/2015, 778; R. FLOR,

di giustizia ha nuovamente chiarito come soltanto «la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica»⁶ possa giustificare l'accesso ai dati di traffico e di ubicazione, ponendosi in contrasto con il diritto euromunitario una normativa nazionale, come quella estone e italiana, che consente tale accesso anche per la lotta contro la criminalità in generale, a nulla rilevando la quantità dei dati o la durata del periodo per il quale tale accesso è stato richiesto.

È, però, nell'individuare i profili dell'autorità pubblica competente all'autorizzazione dell'accesso ai dati di traffico e di ubicazione che la Corte di giustizia compie un particolare sforzo argomentativo, delineando con chiarezza i requisiti «di indipendenza che l'autorità incaricata di esercitare il controllo preventivo deve soddisfare»⁷. È, infatti, necessario che «tale autorità abbia la qualità di terzo rispetto a quella che chiede l'accesso ai dati, di modo che la prima sia in grado di esercitare tale controllo in modo obiettivo e imparziale al riparo da qualsiasi influenza esterna»⁸; non è, pertanto, compatibile ad esercitare tale ruolo un pubblico ministero che abbia il compito «di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento»⁹.

Ma andiamo con ordine. Prima di potersi interrogare sulle sorti della normativa italiana, occorre preliminarmente soffermarsi su come si è giunti alla pronuncia in commento, provando, sinteticamente, a tracciare un cammino iniziato nel lontano 1993, anno in cui la Consulta riconosceva¹⁰ alla *data retention* la copertura costituzionale offerta dall'art. 15 Cost.

2. Un percorso ad ostacoli tra “snobismo” e garantismo.

La disciplina in merito ai dati esteriori di traffico, in gergo definiti anche tabulati telefonici e telematici, ha sempre scontato un inevitabile confronto con quella relativa alle intercettazioni; pur ledendosi il medesimo diritto – la libertà e la segretezza delle comunicazioni – l'opinione sino ad oggi prevalente in giurisprudenza, avallata da parte della dottrina¹¹, ha sempre ritenuto che «l'acquisizione del dato genera una compromissione decisamente inferiore rispetto a quella relativa alla captazione delle conversazioni»¹². Eppure gli iniziali approdi della giurisprudenza costituzionale sembravano rassegnarci un orientamento, almeno parzialmente, differente.

Investita della questione di costituzionalità dell'art. 266 c.p.p. – nella parte in cui non prevede l'applicazione per l'acquisizione dei tabulati delle medesime garanzie contemplate dal codice di procedura penale per le operazioni di intercettazione del contenuto di conversazioni telefoniche – la Consulta ritenne di dover respingere la soluzione additiva invocata dal giudice rimettente «non tanto a motivo di particolari preclusioni interpretative, quanto perché le norme di cui agli artt. 266 e s. c.p.p. mostrano di presupporre (esaminate nel loro complesso) la cognizione del contenuto delle

Data retention *ed art. 132 Cod. privacy: vexata quaestio* (?), in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3/2017, 362.; E. ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati “esteriori” delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Milano, 2018, 97 ss.; S. MARCOLINI, *L'istituto della data retention dopo la sentenza della Corte di giustizia del 2014*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA e M. PAPA, *Cybercrime*, Torino, 2019, 1590 ss.; L. LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in [Diritto di Internet](#), 4/2019, 762; F. RESTA, *Conservazione dei dati e diritto alla riservatezza. La Corte di giustizia interviene sulla data retention. I riflessi sulla disciplina interna*, in [Giustizia Insieme](#), 6 marzo 2021, 8; L. FILIPPI, *La Grande Camera della Corte di giustizia U.E. boccia la disciplina italiana sui tabulati*, in [Penale Diritto e Procedura](#), 8 marzo 2021; L. FILIPPI, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.e.*, in [Diritto di difesa](#), 20 marzo 2021, 14.

⁶ Punto 45 [sent. H.K.](#)

⁷ Punto 54 [sent. H.K.](#)

⁸ Punto 54 [sent. H.K.](#)

⁹ Punto 59 [sent. H.K.](#)

¹⁰ Ci si riferisce alla [sent. n. 81 del 1993](#) della Corte costituzionale sulla quale, tra tutti, si segnala il commento di D. POTETTI, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15, comma 1, della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 12/1993, 2746 ss.

¹¹ In particolare, si veda E. BASSOLI, *Acquisizione dei tabulati Vs. Privacy: la data retention al vaglio della Consulta*, in [Diritto di Internet](#), 3/2007, 14.

¹² *Cass. pen.*, sez. III, 19/04/2019, n. 36380.

comunicazioni o conversazioni»¹³. In altre parole la normativa in questione, a giudizio della Corte, era esclusivamente riferibile alle intercettazioni a ragione della estrema chiarezza con la quale venivano descritte «operazioni e modalità di azione in grado di assumere un qualche significato normativo soltanto ove siano poste in relazione con l'apprensione e l'acquisizione del contenuto di comunicazioni»¹⁴. È il mero dato letterale – e non esegetico – ad impedire l'estensione ai tabulati delle garanzie previste dal codice.

La Consulta, quindi, non ravvisava alcuna differenza in termini “qualitativi” tra i due mezzi probatori, anzi precisava che la tutela accordata dall'art. 15 della Costituzione alla libertà e alla segretezza della comunicazione è tale da ricomprendere non soltanto la segretezza del contenuto della comunicazione, ma anche quella relativa ai dati esteriori¹⁵. Veniva, così, estesa la portata della norma costituzionale in ragione della sua stretta attinenza al principio personalista, dal quale discende «un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo»¹⁶.

Il principio personalista irradia non soltanto il testo costituzionale ma il sistema nel suo complesso, come vera propria linfa vitale che vi scorre all'interno. La tutela dei diritti inviolabili dell'uomo trova una delle sue massime espressioni nel riconoscimento di una sfera di autonomia nei confronti dello Stato: il diritto alla libertà e segretezza della comunicazione è una «parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana»¹⁷.

Tale diritto non può, però, considerarsi “assoluto” ma va posto in rapporto di integrazione con tutti gli altri diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione¹⁸, alla costante ricerca di un equilibrio che consenta il minor sacrificio possibile; alla soluzione “mite”¹⁹ si perviene applicando il canone di ragionevolezza e di proporzionalità²⁰ nel bilanciamento fra i valori in gioco. In questo caso è lo stesso precetto costituzionale a prevedere un conflitto tra il diritto alla libertà e la segretezza della corrispondenza e «quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale»²¹. Tale opera di bilanciamento tra i due valori, guidata dal rispetto del canone di ragionevolezza e proporzionalità, dovrà essere fatta prima, in astratto, dal legislatore²², e dopo, in concreto, dal giudice²³, con atto «sorretto da un'adeguata e specifica motivazione»²⁴.

Questo sistema “a doppio binario” – in cui il giudizio di proporzionalità viene rimesso in prima battuta al legislatore, cui segue l'applicazione concreta del giudice – richiede che le disposizioni

¹³ Così D. POTETTI, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15, comma 1, della Costituzione*, cit., 2746.

¹⁴ [Corte cost., sent. n. 81/1993](#), cit., punto 3.

¹⁵ Tale approdo cui giunse il giudice delle leggi era tutt'altro che scontato; prima di tale pronuncia parte della dottrina (per tutti si veda A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Lezioni, Parte Speciale, II ed., Padova, 1992, 251) negava che la tutela della libertà e segretezza della corrispondenza potesse comprendere anche i dati esteriori, essendo volta tale garanzia unicamente in funzione della segretezza del contenuto; lo rammenta D. POTETTI, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15, comma 1, della Costituzione*, cit., 2748.

¹⁶ [Corte cost., sent. n. 81/1993](#), cit., punto 4.

¹⁷ [Sent. n. 366 del 1991](#) della Corte costituzionale, punto 3.

¹⁸ Tale principio è stato compiutamente elaborato dalla [sent. n. 85/2013](#) della Corte costituzionale.

¹⁹ A riflettere di “mitezza” in termini giuridici è G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

²⁰ Sul principio di ragionevolezza si veda, tra tutti, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

²¹ [Sent. n. 34 del 1973](#) della Corte costituzionale, punto 2.

²² A ricordarlo è C. CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2019, 1578.

²³ Come sostenuto anche da C. PANNACCIULLI, *Profili costituzionali delle intercettazioni di comunicazioni tra inadeguatezza del legislatore e discrezionalità del giudice*, in *Rivista Aic*, 3/2012, 18.

²⁴ [Corte cost. sent. n. 81/1993](#), cit., punto 5; ciò che in dottrina (P. COSTANZO, *Le intercettazioni delle comunicazioni interpersonali (un vademecum costituzionale)*, in questa *Rivista*, 2016/II, 234) è stato definito come «riserva di giurisdizione rinforzata». In realtà l'obbligo di motivazione richiesto dall'art. 15 Cost. viene ritenuto adempiuto anche attraverso l'uso di «espressioni sintetiche»: così S. MARCOLINI, *L'istituto della data retention dopo la sentenza della Corte di giustizia del 2014*, cit., 1584.

limitative della libertà di comunicazione debbano essere chiare e precise al fine di ridurre il rischio di abusi da parte dell'autorità giudiziaria. Se, infatti, il giudizio di proporzionalità in astratto è soggetto all'attento scrutinio della Consulta²⁵, quello in concreto del giudice rischia di sconfinare nell'assoluta arbitrarietà, nel caso in cui la normazione non sia puntuale e dettagliata.

Ma come viene regolamentata nel nostro Paese la materia della conservazione e dell'accesso ai dati esteriori?

3. Una normativa a lungo attesa.

Nell'ordinamento italiano la *data retention* è stata inizialmente priva di una disciplina ad *hoc*, dovendo la Corte costituzionale – con la [sentenza n. 81/1993](#) – supplire all'inerzia del legislatore, sancendo che, in assenza di apposite norme processuali, valessero «le regole poste direttamente dalla Costituzione con norme precettive»²⁶; la Consulta, al fine di consentire alle autorità giudiziarie l'accesso ai dati esteriori, ritenne applicabile l'art. 256 c.p.p., in tema di acquisizione di documenti coperti dal segreto professionale, anche all'ente gestore del servizio pubblico della telefonia.

Tale interpretazione estensiva operata dal Giudice delle leggi sembrava porsi in contrasto con la riserva di legge espressamente prevista dall'art. 15 Cost., «non essendo legislativamente indicati né i casi né i modi dell'acquisizione»²⁷ del tabulato; veniva, infatti, osservato da autorevole dottrina che all'applicazione dell'art. 256 c.p.p. ostavano le caratteristiche del tabulato che impedivano di poterlo considerare alla stregua di un documento, e come tale suscettibile di sequestro ai sensi della norma in questione. Rimanendo inattuata la riserva di legge il tabulato acquisito avrebbe dovuto considerarsi «come prova “incostituzionale” giacché viola un diritto costituzionalmente garantito, e perciò destinata ad essere inutilizzabile a carico dell'imputato»²⁸.

Oggi la norma di riferimento in materia è l'art. 132 del *Codice della privacy* in cui è prevista la conservazione dei dati di traffico telefonico per ventiquattro mesi, mentre tale periodo è ridotto a dodici mesi nel caso in cui trattasi di traffico telematico e a trenta giorni per i dati relativi alle chiamate senza risposta. Il legislatore del 2017 – con la novella di cui all'art. 24, l. 20 novembre 2017, n. 167 – ha, però, esteso a settantadue mesi il termine di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nonché dei dati relativi alle chiamate senza risposta per le finalità dell'accertamento e della repressione dei reati di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lettera a), c.p.p., in ragione della loro “maggiore gravità”. Questa disciplina differenziata – che si traduce in un quadrupliche binario a seconda del tipo di dato e del tipo di reato – porta alla conseguenza che il fornitore di servizi custodirà in ogni caso tutti i dati di traffico per il termine massimo di settantadue mesi considerato che non può «prevedere le richieste che gli perverranno in futuro»²⁹.

L'art. 132 del *Codice della privacy*, oltre a regolamentare la conservazione dei dati esteriori, disciplina, al terzo comma, le condizioni procedurali per l'accesso a tali dati che, come è stato più volte anticipato, avviene a mezzo di decreto motivato del pubblico ministero, senza che tale accesso sia circoscritto a talune ipotesi di reati gravi e senza che vi sia alcuna autorizzazione da parte di un'autorità terza. L'autorizzazione in questione non è, però, del tutto estranea alla legislazione italiana; seppur con vita breve, la l. 26 febbraio 2004, n. 45 aveva previsto, nella versione antevigente dell'art. 132, il previo controllo di un giudice per l'accesso ai dati esteriori, controllo eliminato dalla

²⁵ ... che verificherà che tali regole «siano rispettose della riserva assoluta di legge e di giurisdizione e siano volte alla tutela di un altro diritto o al perseguimento di un altro interesse costituzionalmente rilevante, in ossequio ai principi di idoneità, necessità e proporzionalità»: così [sent. n. 20/2017](#) della Corte costituzionale, punto 3.3.

²⁶ Cfr. D. POTETTI, *Corte costituzionale n. 81/93: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15, comma 1, della Costituzione*, cit., 2748.

²⁷ Cfr. L. FILIPPI, *Il revirement delle Sezioni unite sul tabulato telefonico: un'occasione mancata per riconoscere una prova incostituzionale*, in *Cass. pen.*, 12/2000, 3250.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Ad evidenziarlo è L. FILIPPI, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.e.*, cit., 11.

l. 31 luglio 2005, n. 155 ma riproposto, senza fortuna, con il disegno di legge c. 1415, presentato dal Ministro della giustizia Alfano alla Camera dei deputati il 30 giugno 2008³⁰.

Prima dell'entrata in vigore del *Codice della privacy*, il meccanismo di accesso integralmente affidato al p.m. era stato sottoposto allo scrutinio di costituzionalità, risultando compatibile con «il “livello minimo di garanzie” enunciato dalla [sentenza n. 81 del 1993](#) (requisito soggettivo della autorizzazione della autorità giudiziaria e oggettivo della sussistenza di una adeguata motivazione del provvedimento)»³¹. Pochi giorni prima del deposito delle motivazioni dell'appena citata [sentenza n. 281/1998](#) da parte della Consulta, le Sezioni Unite penali³², con la famosa sentenza *Gallieri*, pervenivano ad un approdo diametralmente opposto, suscitando le perplessità di parte della dottrina³³; la Suprema Corte, attraverso una soluzione interpretativa «quanto meno ardata»³⁴, ritenne applicabile ai tabulati la disciplina prevista per le intercettazioni dagli artt. 266 e ss. c.p.p., subordinandone così l'accesso all'autorizzazione del g.i.p.

L'intervento immediatamente successivo, di soli quattro giorni, da parte della Corte costituzionale ridusse inevitabilmente la «capacità persuasiva delle argomentazioni»³⁵ della sentenza *Gallieri*, generandosi un immediato contrasto nella giurisprudenza di merito, che imponeva una nuova pronuncia a Sezioni Unite. Con la sentenza *D'Amuri*³⁶, seguita subito dopo dalla sentenza *Tammaro*³⁷, il giudice della nomofilachia si allineava all'orientamento giurisprudenziale antecedente³⁸, ritenendo sufficiente il decreto motivato del p.m. ai fini dell'acquisizione del tabulato.

L'entrata in vigore del *Codice della privacy* ed una sostanziale uniformità interpretativa in seno alla giurisprudenza, sembravano aver sopito l'interesse sulla materia, che, però, aveva nuovamente modo di ravvivarsi in seguito ai ripetuti interventi della Corte di Lussemburgo, la quale, a sua volta, trovava conforto in una sensibile giurisprudenza della Corte di Strasburgo³⁹. Il giudice dell'Unione rendeva, infatti, nuovamente attuale il dibattito sulla *data retention* a partire dalla storica sentenza *Digital Rights*⁴⁰, con la quale veniva invalidata la direttiva 2006/24/CE, regolatrice di tale materia,

³⁰ Critiche sono piovute da parte della dottrina in merito alla presentazione del disegno di legge Alfano, colpevole di «determinare un irragionevole appesantimento dello strumento dei tabulati»: così M. RICCARDI, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3/2016, 185.

³¹ Cfr. [sent. n. 281 del 1998](#) della Corte costituzionale, punto 3.

³² Cass. pen., sez. unite, 13 luglio 1998, *Gallieri*, in *Cass. pen.*, 1999, 465 ss.

³³ Ed in particolare di G. MELILLO, *Intercettazioni ed acquisizioni di tabulati telefonici: un opportuno intervento correttivo delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 10/2000, 2602.

³⁴ Così R. BRICCHETTI, *Estesa la disciplina delle intercettazioni, mentre la giurisprudenza si scopre divisa*, in *Guida dir.*, 48/1998, 68. Posizioni critiche anche da M. RICCARDI, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico*, cit., 162 che definì «notevolmente creativa» la soluzione della Cassazione.

³⁵ A rilevarlo è G. MELILLO, *Intercettazioni ed acquisizioni di tabulati telefonici: un opportuno intervento correttivo delle Sezioni unite*, cit., 2602.

³⁶ Cass. pen., sez. unite, 23 febbraio 2000, *D'Amuri*, in *Cass. pen.*, 2000, 2598 ss.

³⁷ Cass. pen., sez. unite, 30 giugno 2000, *Tammaro*, in *Cass. pen.*, 2000, 3266 ss.

³⁸ Frutto di «una lunga e meditata elaborazione» e le cui posizioni venivano definite «affidabili» da G. MELILLO, *Intercettazioni ed acquisizioni di tabulati telefonici: un opportuno intervento correttivo delle Sezioni unite*, cit., 2608.

³⁹ ... sebbene il diritto alla protezione dei dati personali non trovi un riconoscimento espresso nel sistema CEDU, il giudice convenzionale ha garantito ugualmente copertura a tale diritto estendendo la portata dell'art. 8, comma 2, CEDU, che tutela esclusivamente il diritto alla vita privata e familiare. La materia della *data retention* ha interessato la Corte di Strasburgo sin dalla sent. Corte EDU, 6 settembre 1978, *Klass e a. c. Germania*; la Corte veniva adita da cinque avvocati tedeschi i quali lamentavano che la normativa della Germania consentiva all'autorità giudiziaria di monitorare «their correspondence and telephone communications without obliging the authorities to inform them subsequently of the measures taken against them» (§ 26). I giudici escludevano la violazione dell'art. 8 CEDU in quanto la normativa tedesca «was justified to consider the interference resulting from that legislation with the exercise of the right guaranteed by Article 8 para. 1 (art. 8-1) as being necessary in a democratic society in the interests of national security and for the prevention of disorder or crime (Article 8 para. 2) (art. 8-2)» (§ 60). La Corte EDU si è mostrata maggiormente sensibile ai diritti tutelati dall'art. 8 a seguito dell'«erompere del fattore tecnologico, e di Internet in particolare [...] (da ciò derivandone) un approccio spesso incline a rafforzare la dimensione della riservatezza e la protezione dei dati personali nel confronto con altri diritti» (cfr. O. POLLICINO, M. BASSINI, *Commento all'art. 8 della Carta di Nizza*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 136 ss.).

⁴⁰ Corte di giustizia, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd e a.*, C-293/12.

per violazione del principio di proporzionalità nel bilanciamento tra protezione dei dati ed esigenze di pubblica sicurezza⁴¹.

4. Il giudizio di proporzionalità sul canone di ... proporzionalità.

L'accesso e la conservazione dei dati di traffico e di ubicazione è oggi regolato, a livello sovranazionale, dalla direttiva 2002/58/CE, divenuta applicabile a seguito della declaratoria di invalidità della direttiva 2006/24/CE ad opera della citata sentenza *Digital Rights*⁴²; tale normativa va necessariamente letta alla luce di quella che viene definita da parte della dottrina come la Costituzione europea⁴³. La Carta di Nizza-Strasburgo, infatti, offre una copertura "(tipicamente) costituzionale"⁴⁴ alla *data retention* a mezzo degli artt. 7 e 8 che tutelano il diritto fondamentale alla riservatezza delle comunicazioni ed alla protezione dei dati personali, e dell'art. 11 in merito alla libertà di espressione.

La materia in questione è, senza alcun dubbio, «uno dei terreni di più delicato bilanciamento tra diritti fondamentali e uso dei mezzi tecnologici a fini repressivi»⁴⁵, ed è proprio al fine di assicurare un livello equivalente di tutela di tali diritti che il legislatore europeo, con la direttiva 2002/58/CE, si è posto l'obiettivo di armonizzare le disposizioni nazionali. Sono le regole relative alla riservatezza delle comunicazioni (art. 5) ed agli obblighi per la conservazione dei dati di traffico (art. 6) e di ubicazione (art. 9) ad essere poste costantemente sotto *stress*; l'art. 15 di tale direttiva, infatti, consente agli Stati membri di adottare disposizioni legislative limitative dei diritti e degli obblighi sanciti dagli articoli in questione.

La deroga, però, non è in bianco. Al fine di evitare l'eccessiva discrezionalità dell'autorità competente nell'accedere ai tabulati, a livello europeo, la giurisprudenza è costante nel ritenere che la normativa regolatrice debba essere puntuale e dettagliata.

Devono essere previsti, infatti, dei criteri oggettivi che permettano di «delimitare l'accesso ai dati e il loro uso ulteriore»⁴⁶ a fini di prevenzione o accertamento di reati: una normativa che non contiene

⁴¹ In particolare, la Corte di giustizia riteneva che la direttiva n. 2006/24 comportasse un'ingerenza nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta di Nizza di vasta portata e di particolare gravità nell'ordinamento giuridico dell'Unione, senza che siffatta ingerenza sia regolamentata con precisione da disposizioni che permettano di garantire che essa sia effettivamente limitata a quanto strettamente necessario. Un regime di intercettazione di massa dei flussi di comunicazioni elettroniche è stato invece, di recente, ritenuto di per sé non incompatibile con la CEDU dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: «a bulk interception regime did not in and of itself violate the Convention» (Corte EDU, 25 maggio 2021, Grande Camera, *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*).

⁴² La direttiva 2002/58/CE era stata, infatti, modificata dalla direttiva 2006/24/CE con la quale era stato introdotto per gli Stati membri «un obbligo di raccolta e conservazione dei dati di traffico e di ubicazione, che si inserisce nel quadro delle restrizioni al diritto alla protezione dei dati personali previste dagli artt. 13, par. 1, della direttiva 95/46 e 15, par. 1, della direttiva 2002/58»: a ricordarlo è R. FLOR, *La Corte di giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "data retention" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2014, 181. La direttiva 2002/58/CE tornava, quindi, "in vita" a seguito della invalidazione della direttiva 2006/24/CE.

⁴³ Nonostante l'argomento meriterebbe ben altra sede si limita unicamente a rilevare che chi scrive aderisce all'orientamento di autorevole dottrina la quale che pur riconoscendo il carattere dirompente del Trattato di Lisbona, ritiene non completo il processo costituente europeo difettandone alcuni elementi essenziali: potrebbe più correttamente parlarsi quindi di una *costituzionalizzazione in progress* (così come sostenuto anche da A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, III, Genova, Consulta OnLine, 2020, 321

⁴⁴ Il riferimento è chiaramente alla [sent. n. 269/2017](#) della Corte costituzionale; il contenuto della Carta di Nizza veniva definito al punto 5.2 di tale pronuncia come «di impronta tipicamente costituzionale» in ragione del fatto che «i principi e i diritti enunciati nella Carta [di Nizza] intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)».

⁴⁵ Espressione di I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, cit., 183.

⁴⁶ Punto 60 della sent. *Digital Rights*.

le «condizioni sostanziali e procedurali»⁴⁷ dell'accesso viola il canone di proporzionalità. Tale canone, dunque, informa non soltanto la normativa italiana ma anche quella di derivazione eurounitaria. Anzi, alla luce del primato del diritto dell'Unione, è proprio la disciplina europea a costituire condizione di validità di quella interna; secondo un meccanismo “a cascata”, il giudizio di proporzionalità compiuto in astratto dal legislatore europeo, vincola il successivo giudizio di quello nazionale, il quale sarà tenuto al rispetto dei criteri dal primo stabiliti.

Il giudizio di proporzionalità in astratto compiuto dal legislatore europeo prevede l'applicazione del canone ... di proporzionalità quale condizione per gli Stati membri per limitare i diritti tutelati dalla direttiva 2002/58/CE; la restrizione, infatti, deve costituire una misura «necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica»⁴⁸.

La *ratio* di tale articolo è evidente: riecheggia chiaramente l'influenza dell'art. 52 della Carta di Nizza, e non potrebbe essere altrimenti. Il canone di proporzionalità è ormai strutturale nella giurisprudenza europea della Corte di Lussemburgo – così come in quella di Strasburgo⁴⁹ – costituendo l'impalcatura principale del sistema multilivello, o per meglio dire interlivello⁵⁰, dei diritti. L'intersecazione tra le Carte dei diritti e le Costituzioni è così fitta che la complessa opera di bilanciamento tra i valori non può che essere guidata dall'applicazione di tale canone-guida, che ha trovato, a livello eurounitario, un'espressa formalizzazione nella disposizione normativa in questione. L'esercizio dei diritti e delle libertà tutelati dalla Carta possono, quindi, essere limitati, con legge, soltanto quando sia necessario e ciò risponda «effettivamente a obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»⁵¹.

5. L'interpretazione del canone di proporzionalità.

Nonostante la sottovalutazione italiana, la Corte di giustizia ha da sempre “preso sul serio” la questione, probabilmente perché dotata di una maggiore sensibilità sul tema della *privacy* e della conservazione e del trattamento dei dati personali, tipicamente di impronta eurounitaria. La *data retention* determina un'ingerenza di vasta portata nei diritti fondamentali – sanciti agli articoli 7, 8 e 11 della Carta – che, alla luce della giurisprudenza di Lussemburgo, «deve essere considerata particolarmente grave»⁵²; i dati esteriori di traffico e di ubicazione, presi nel loro complesso, infatti, «possono permettere di trarre conclusioni molto precise riguardo alla vita privata delle persone i cui dati sono stati conservati, come le abitudini quotidiane, i luoghi di soggiorno permanente o

⁴⁷ Punto 61 della sent. *Digital Rights*, ripreso dal punto 118 della sent. *Tele2*, dal punto 176 della sent. Corte di giustizia, 6 ottobre 2020, *Le Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18 e da ultimo anche dal punto 49 della [sent. H.K.](#)

⁴⁸ Art. 15, par. 1, direttiva 2002/58/CE; il considerando n. 11 di tale direttiva specifica ulteriormente che tale misura deve essere strettamente proporzionata allo scopo perseguito «conformemente alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».

⁴⁹ Il necessario rispetto del canone di proporzionalità è stato recentemente ribadito dalla Corte EDU nella sent. *Big Brother*: il giudice di Strasburgo ha, infatti, ritenuto che un regime di intercettazione di massa dei flussi di comunicazioni elettroniche non sia di per sé incompatibile con la CEDU, ma che «however, such a regime had to be subject to “end-to-end safeguards”, meaning that, at the domestic level, an assessment should be made at each stage of the process of the necessity and proportionality of the measures being taken» (§ 350). Tale principio è stato affermato, il medesimo giorno (entrambe le pronunce sono state depositate in data 25 maggio 2021) anche nella sent. Corte EDU, 25 maggio 2021, *Grande Camera, Case of Centrum för Rättvisa v. Sweden*, al punto 264

⁵⁰ «Attraverso la locuzione “costituzionalismo interlivello” si intende porre l'accento [...] sulla fitta rete di relazioni che valgono non soltanto a connettere, ma anche – ed ancor di più – a connotare ed a qualificare appunto le molteplici identità costituzionali compresenti nello spazio costituzionale europeo»: così L. D'ANDREA, *A mò di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA, *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, 307.

⁵¹ Così art. 52, par. 1, della Carta di Nizza.

⁵² Punto 37 della sent. *Digital Rights*, ripreso dal punto 100 della sent. *Tele2*.

temporaneo, gli spostamenti giornalieri e non, le attività svolte, le relazioni sociali di queste persone e gli ambienti sociali da esse frequentati»⁵³.

I giudici del Kirchberg hanno dato alla conservazione e all'accesso dei dati esteriori la dignità che tale materia merita, fuggendo dallo sterile raffronto "qualitativo" con la disciplina delle intercettazioni del contenuto telefonico. La *data retention* è dotata, a livello europeo, di un'indipendenza e di un'autonomia strutturale, impensabili per la giurisprudenza interna; sin dalla sentenza *Digital Rights*, è stato, infatti, costantemente affermato che gli Stati membri non possono adottare misure legislative che prevedano «la conservazione generalizzata e indifferenziata»⁵⁴ dei dati relativi al traffico ed all'ubicazione.

Ma è sotto il profilo dell'accesso a tali dati che la Corte di giustizia ha mostrato l'approccio più innovativo; la gravità dell'ingerenza cagionata dalla *data retention* ha, infatti, spinto la Corte a circoscrivere l'accesso ai dati di traffico e di ubicazione unicamente alla «lotta contro la criminalità grave»⁵⁵. Tale principio, affermato a partire dalla sentenza *Tele 2*, ma già *in nuce* nella sentenza *Digital Rights* –, sembrava essere stato messo in discussione con la sentenza *Ministerio Fiscal*⁵⁶ in cui i giudici di Lussemburgo avevano riformulato il criterio della gravità dei reati ritenendo compatibile la conservazione e l'accesso ai dati esterni «anche per reati "comuni", a patto che, però, in tal caso l'autorità utilizzi le informazioni nei confronti dei singoli solo per compiere ingerenze non "gravi" nella sfera di riservatezza del singolo»⁵⁷. Con la pronuncia *Le Quadrature du Net*⁵⁸ la Corte compiva un vigoroso *revirement*, riaffermando con decisione la limitazione dell'accesso unicamente per la lotta ai *serious crimes*.

Ulteriore pilastro su cui è fondata la giurisprudenza europea in tema di *data retention* è costituito dalla costante affermazione «che l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati sia subordinato, in linea di principio, salvo casi di urgenza debitamente giustificati, ad un controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente»⁵⁹. Tale principio, elaborato sin dalla sentenza *Digital Rights*, ed affermato anche a livello convenzionale dalla Corte di Strasburgo⁶⁰, risponde all'esigenza di garantire il rispetto in concreto delle condizioni elaborate in astratto dal legislatore.

6. Alla ricerca dell'interpretazione più ardita: la giurisprudenza italiana sulla data retention.

Nonostante le molteplici pronunce della Corte di giustizia abbiano messo in crisi gli approdi consolidati della giurisprudenza interna, la Corte di cassazione ha continuato ad affermare la piena compatibilità tra la normativa italiana ed il diritto europeo in tema di *data retention*, attraverso soluzioni interpretative che dimostrano «la scarsa volontà di prendere "sul serio" la questione»⁶¹.

Il giudice della nomofilachia giungeva a tali conclusioni, osservando preliminarmente che le pronunce europee, *Digital Rights* e *Tele2*, «hanno riguardato Stati privi di una regolamentazione

⁵³ Punto 26 della sent. *Digital Rights*, ripreso dal punto 99 della sent. *Tele2*, dal punto 117 della sent. *Le Quadrature du Net* e da ultimo anche dal punto 36 della [sent. H.K.](#)

⁵⁴ Punto 103 sent. *Tele2* che riprende i principi espressi dalla sent. *Digital Rights*.

⁵⁵ Punto 102 sent. *Tele2*

⁵⁶ Corte di giustizia, 2 ottobre 2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16.

⁵⁷ Ad evidenziarlo è L. LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit., 760.

⁵⁸ Punti 140 e 146 sent. *Le Quadrature du Net*.

⁵⁹ Punto 120 sent. *Tele 2* che richiama l'orientamento espresso dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella sent. Corte EDU, 12 gennaio 2016, sez. IV, Szabó e Vissy c. Ungheria. In tale pronuncia i giudici di Strasburgo evidenziarono come, nel caso di limitazioni del diritto alla riservatezza dell'individuo di cui all'art. 8 CEDU, «judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure» (§ 77).

⁶⁰ ... che lo ha recentemente ribadito nella sent. *Big Brother* al punto 336.

⁶¹ Cfr. L. LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit., 764.

dell'accesso e della conservazione dei dati»⁶², a differenza dello Stato italiano, dotato di una specifica normativa. Tuttavia, come fatto notare da attenta dottrina⁶³, una veloce lettura, sia della sentenza *Digital Rights*⁶⁴ che della sentenza *Tele2*⁶⁵, smentisce sotto il profilo fattuale l'asserzione della Suprema Corte, considerato che i Paesi oggetto delle pronunce in questione erano dotati di una disciplina in materia di accesso e conservazione dei dati. Ma anche nell'ipotesi in cui tali Stati fossero stati privi di una apposita normativa, l'argomentazione della Cassazione risulterebbe affetta da «un profondo (e, in qualche misura, preoccupante) vizio metodologico»⁶⁶: la Corte di Lussemburgo non ha, infatti, dichiarato la compatibilità o meno di un singolo ordinamento, ma ha chiarito la normativa europea in materia, con portata generale per tutti gli Stati membri.

Non è questo, però, il profilo più critico. È sull'interpretazione dell'autorità competente ad accedere a tali dati che la Corte dimostra tutta la sua fantasia argomentativa, ritenendo che il termine “giudice” possa essere esteso sino al concetto di “autorità giudiziaria”. La Cassazione perveniva a tale interpretazione estensiva, sostenendo che la traduzione in italiano delle sentenze europee *Digital Rights* e *Tele2* «non è del tutto fedele»⁶⁷ al testo originale: nelle traduzioni in francese ed inglese venivano utilizzati, rispettivamente, i termini *jurisdiction* e *Court*, che sarebbero riferibili alla magistratura nel suo complesso, composta sia da giudici che da pubblici ministeri. Appigliandosi a tale presunto «errore linguistico»⁶⁸, la Corte di cassazione ha ritenuto perfettamente compatibile con la normativa europea che il pubblico ministero possa autorizzare l'accesso ai dati esteriori, considerato che il concetto di “autorità giudiziaria”, cui farebbe riferimento la Corte di giustizia nelle sue pronunce, pacificamente ricomprende anche la figura della pubblica accusa. Anche sotto tale profilo la Suprema Corte è incorsa in un imperdonabile errore, considerato che, come rilevato da attenta dottrina, i termini *jurisdiction* e *Court* sono riferibili, nei rispettivi ordinamenti, ad organi posti «in posizione di terzietà rispetto alle parti»⁶⁹, non ricomprendendo certamente il ruolo della magistratura inquirente.

La *querelle* sui requisiti propri dell'autorità competente ad autorizzare l'accesso ai dati esteriori è stata definitivamente risolta dalla sentenza in commento. La Corte di giustizia, con estrema chiarezza, ha, infatti, precisato che tale autorità debba possedere «la qualità di terzo rispetto a quella che chiede l'accesso ai dati, di modo che la prima sia in grado di esercitare tale controllo in modo obiettivo e imparziale al riparo da qualsiasi influenza esterna»⁷⁰. Il giudice europeo non si è limitato a tale affermazione, ma si è spinto oltre: è stata, infatti, sancita la radicale incompatibilità a rivestire il ruolo di autorità competente all'accesso per un pubblico ministero, come quello estone ed italiano, che abbia il compito «di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento»⁷¹ a nulla rilevando la circostanza che questi debba verificare non solo gli elementi a carico ma anche quelli a discarico dell'indagato.

Ma i profili di contrasto tra la normativa interna e quella europea concernono anche l'aspetto della “gravità dei reati”. Gli approdi ermeneutici cui era giunta la Corte di giustizia avrebbero imposto, infatti, di ritenere contrastante con l'art. 15 della direttiva 2002/58/CE una normativa nazionale, come

⁶² Cass. pen., sez. V, 24 aprile 2018 n. 33851.

⁶³ Ed in particolare da L. LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit., 762; I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, cit., 185.

⁶⁴ Si vedano i punti 17 e 19. in cui vengono descritte le discipline dell'Irlanda e dell'Austria.

⁶⁵ Si vedano i punti 15 e ss. in cui vengono descritte le discipline della Svezia e del Regno Unito.

⁶⁶ Cfr. L. LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit., 762.

⁶⁷ Cass. pen., sent. n. 36380/2019, cit. che ribadisce i principi espressi dalla sent. n. 33851/2018 Corte Cass.

⁶⁸ Così lo definisce L. LUPARIA, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, cit., 762.

⁶⁹ A rilevarlo è I. NERONI REZENDE, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, cit., 192.

⁷⁰ Punto 54 sent. H.K che riprende i principi espressi dal punto 62 sent. *Digital Rights* e dal punto 120 della sent. *Tele2*.

⁷¹ Punto 59 [sent. H.K.](#)

quella italiana, la quale consente che l'accesso delle autorità pubbliche ai dati esteriori non sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro forme gravi di criminalità. La Suprema Corte, nell'affrontare di recente tale motivo di ricorso, con la sentenza n. 5741/2020⁷², decideva di vagliare la disciplina italiana in materia attraverso un giudizio di proporzionalità in concreto, ritenendo la questione infondata poiché nel caso oggetto del suo esame si procedeva «per gravi fatti di reato e rispetto alla necessità di accertamento di tali particolari ipotesi di delitto»⁷³.

La costante giurisprudenza del giudice di Lussemburgo avrebbe imposto, però, l'applicazione del canone di proporzionalità in astratto, non rimesso alla discrezionalità caso per caso; tale principio viene ribadito con forza dalla pronuncia in questa sede commentata, in cui viene precisato che soltanto la lotta contro la criminalità grave, e non anche quella contro la criminalità in generale, è idonea a giustificare l'accesso ai dati esteriori, a nulla rilevando la quantità dei dati o la durata del periodo per il quale tale accesso è stato richiesto. Il richiamo ad un quantitativo limitato di dati o l'accesso per un breve periodo era, ed è, ricorrente nella giurisprudenza dei vari Stati membri – ivi compresa quella italiana – per salvare dalla scure della illegittimità le normative interne che consentivano l'accesso a tali dati anche per la lotta alla criminalità in generale; come è stato fatto attentamente notare dai giudici di Lussemburgo, però, questi profili possono essere valutati «solo dopo la consultazione dei dati suddetti»⁷⁴, mentre l'autorizzazione dell'autorità competente all'accesso interviene – o meglio dovrebbe intervenire – necessariamente prima.

Dalla lettura dell'ultimo arresto della Corte di giustizia emerge «con la giusta enfasi la distanza che intercorre tra il dover essere e l'essere: il bisogno di un ripristino dei capisaldi che dovrebbero essere comuni a qualsiasi Stato di diritto»⁷⁵; difficilmente l'ordinamento italiano potrà non essere travolto di fronte a questa «ventata di ragionevolezza» che spira da Lussemburgo, non potendo il giudice interno più ignorare la portata della giurisprudenza europea.

7. Gli effetti della sentenza sull'ordinamento italiano ovvero la cronaca di una confusione annunciata nell'attesa di un intervento del legislatore.

Lo strumento del rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, rappresenta «una sorta di “cerniera” tra i due livelli, eurounitario e nazionale»⁷⁶ al fine di garantire che questi possano reciprocamente interagire tra loro; è unicamente attraverso l'utilizzo del meccanismo in questione che «può raggiungersi una compiuta integrazione tra gli ordinamenti»⁷⁷, da realizzarsi mediante il dialogo costante ed attivo degli interpreti. La sentenza interpretativa resa in via pregiudiziale dovrebbe vincolare unicamente il giudice richiedente, ma è ormai pacifico che la portata di tale decisione si estenda ugualmente – come per la sentenza in questione – nei confronti degli altri giudici nazionali ai quali venga sottoposta la medesima questione, ivi compreso quello italiano. Resta da capire se tale pronuncia possa produrre direttamente effetti nell'ordinamento interno.

Invero la normativa in questione, la direttiva 2002/58/CE, non è una fonte direttamente applicabile da parte del giudice nazionale, secondo il meccanismo del “sindacato diffuso di eurounarietà” elaborato a partire dalla storica sentenza *Granital*; come è stato, infatti, evidenziato dalla Corte Costituzionale, il carattere autoapplicativo delle direttive è ammesso unicamente qualora dalle stesse

⁷² Cass. pen., sez. II, 13 febbraio 2020 n. 5741.

⁷³ ... e segnatamente per «associazione a delinquere finalizzata alla consumazione di reati contro il patrimonio, nonché per molteplici episodi di furti aggravati ed anche rapina»: così Cass. Pen. sent. n. 5741/2020.

⁷⁴ Punto 40 [sent. H.K.](#)

⁷⁵ Così E.N. LA ROCCA, *A margine di una recente sentenza della Corte di giustizia Ue (C-748/18): riflessi sinistri sulla disciplina delle intercettazioni in Italia*, cit., 3.

⁷⁶ Cfr. P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2019, 370.

⁷⁷ Sia consentito il rinvio al mio F. TORRE, *Taricco iactum est ovvero l'incidenza della Saga Taricco nel processo costituente europeo*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2019, 21.

«derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente»⁷⁸. L'unica via che, a primo acchito, sembra praticabile sarebbe, quindi, quella offerta dal giudizio di costituzionalità della legge interna, l'art. 132 del *Codice della privacy*, il cui esito dovrebbe essere rappresentato dalla dichiarazione di incostituzionalità della fonte statale in contrasto con l'art. 15 di tale direttiva, per la violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

La giurisprudenza costituzionale, però, a partire dalla storica [sentenza n. 113/1985](#)⁷⁹, ha esteso alle pronunzie interpretative della Corte di giustizia gli effetti propri delle «fonti del diritto suscettibili di immediata applicazione»⁸⁰, dovendo il giudice immediatamente disapplicare la normativa interna in conflitto con le statuizioni del giudice europeo. Ad essere più precisi, però, il meccanismo della disapplicazione si attua, non direttamente in favore del provvedimento reso dalla Corte di giustizia, bensì nei confronti delle norme eurounitarie, così come interpretate dal giudice europeo. La sentenza interpretativa del giudice di Lussemburgo non funge, quindi, da vero e proprio parametro di legittimità del giudizio, ma chiarisce la portata delle fonti europee, anche non direttamente applicabili, dotandole in tal caso di autoapplicatività. La direttiva, i cui principi vengono tradotti in puntuali e precisi criteri per mezzo dell'opera interpretativa del giudice europeo, diventerebbe così *self executing* e può avere immediata applicazione nell'ordinamento interno, senza dover necessariamente passare dalla via del giudizio di costituzionalità.

La «chiarezza delle indicazioni della Corte» di Giustizia, nella sentenza in commento, ha spinto il g.i.p. di Roma⁸¹ a ritenere tale pronunzia direttamente applicabile nell'ordinamento italiano con effetti vincolanti *erga omnes*; il giudice romano, dopo aver dato adeguatamente conto della giurisprudenza costituzionale sul punto, ha deciso, con un decreto di «portata indubbiamente creativa»⁸², di rilevare il sopravvenuto contrasto tra l'art. 132 del *Codice della privacy* e l'art. 15 della direttiva n. 2002/58/CE «così (come) interpretata dal Giudice europeo». In particolare, veniva rilevata l'incompatibilità della procedura di acquisizione dei dati esteriori di traffico e di ubicazione prevista dal terzo comma dell'art. 132 del Codice del Privacy: il «“monopolio a disporre l'acquisizione dei dati”»⁸³ attribuito al p.m. non è conforme al dettato del legislatore europeo. Come affermato dalla Corte di Lussemburgo, nell'ordinamento italiano, il procuratore ha «il compito (...) non già di dirimere con assoluta indipendenza una controversia, ma di sottoporla eventualmente, in quanto parte che esercita l'azione penale nel processo, al giudizio dell'organo giurisdizionale competente»⁸⁴; [la sentenza H.K.](#) richiede invece con estrema chiarezza che l'autorità competente ad autorizzare l'accesso a tali dati «abbia la qualità di terzo rispetto a quella che chiede l'accesso ai dati, di modo che la prima sia in grado di esercitare tale controllo in modo obiettivo e imparziale al riparo da qualsiasi influenza esterna»⁸⁵. È il profilo della «neutralità nei confronti delle parti nel procedimento penale», sancito dalla pronunzia della Corte di giustizia, ad essere adeguatamente valorizzato dal Tribunale di Roma, superando così i precedenti arresti della giurisprudenza di legittimità in cui veniva affermata la compatibilità della normativa interna in ragione della natura di autorità giudiziaria del pubblico ministero.

⁷⁸ [Sent. n. 28 del 2010](#) della Corte costituzionale, punto 5, sulla quale si segnala il commento, per tutti di R. CONTI, *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto dell'unione non immediatamente efficace fra rimedi interni ed eurounitari*, in [Federalismi.it](#), 19 maggio 2010.

⁷⁹ [Sent. n. 113 del 1985](#) della Corte costituzionale. Tale principio è stato poi ribadito dalla [sent. n. 168 del 1991](#) della Corte costituzionale che lo ha ritenuto coerente con «il complessivo mosaico della “diretta applicabilità” della normativa comunitaria».

⁸⁰ Cfr. P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, cit., 316.

⁸¹ Trib Roma, Sez. G.i.p.-G.u.p., decreto 25 aprile 2021.

⁸² Così J. DALLA TORRE, *L'acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la sentenza della Grande Camera della Corte di giustizia Ue: la svolta garantista in un primo provvedimento del g.i.p. di Roma*, in [Sistema Penale](#), 29 aprile 2021, 3.

⁸³ Ad evidenziarlo è L. FILIPPI, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.e.*, cit., 14.

⁸⁴ Corte di giustizia, 12 dicembre 1996, X, C-74/95 e C-129/95, punto 19: a ricordarlo è l'avvocato generale Pitruzzella nelle sue conclusioni presentate per la causa [sent. H.K.](#) il 21 gennaio 2020.

⁸⁵ Punto 54 [sent. H.K.](#)

Le inequivoche argomentazioni del giudice di Lussemburgo spingevano il g.i.p. – nel pronunciarsi in seguito ad una “irrituale” richiesta del pubblico ministero di accesso a dati relativi a traffico telefonico – ad autorizzare il p.m., mediante il rinvio in via analogica agli artt. 266 e ss. c.p.p. che disciplinano la materia delle intercettazioni. Nonostante tale decreto sia connotato da indubbi di profili di innovatività, non sono pochi gli aspetti critici che occorre evidenziare.

Va, sin da subito, evidenziato come l'estensione ai tabulati della disciplina prevista per le intercettazioni fosse stata espressamente sconfessata dalla Consulta, con la citata [sentenza n. 81/1993](#), in quanto nella normativa in questione venivano descritte «operazioni e modalità di azione in grado di assumere un qualche significato normativo soltanto ove siano poste in relazione con l'apprensione e l'acquisizione del contenuto di comunicazioni». La Consulta ha, in ogni caso, precisato come le scelte in tema di acquisizione dei tabulati siano riservate alla discrezionalità del legislatore, considerato che anche ove si prevedesse che il giudice possa autorizzare tale acquisizione, «spetterebbe comunque al legislatore l'individuazione dei parametri di giudizio del relativo decreto»⁸⁶.

Il provvedimento del Tribunale di Roma sembrerebbe, quindi, affetto da un evidente vizio metodologico, ma l'applicazione della normativa in tema di intercettazione pone un ulteriore rilievo critico. Il catalogo di reati dettato dagli artt. 266 e 266 *bis* c.p.p. non sembra, infatti, rispettare i requisiti di “gravità” richiesti dalla giurisprudenza europea; tali norme consentono, infatti, l'intercettazione anche per reati non certamente classificabili come gravi – quali ad esempio l'ingiuria, la minaccia, la molestia o disturbo alle persone per mezzo del telefono – ma che il giudice romano ritiene applicabili anche in tema di tabulati, considerata «la ben più invasiva attività di intercettazione».

A ben vedere una classificazione fondata sulla “maggiore gravità” dei reati in tema di *data retention* è presente nel nostro ordinamento⁸⁷: ci si riferisce a quell'art. 24, l. n. 167/2017 con il quale è stato esteso a settantadue mesi il termine di conservazione dei dati esteriori per le finalità di accertamento e repressione dei reati di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lettera a), c.p.p. Sebbene l'interpretazione in via analogica sembra porsi in contrasto con il dettato del giudice costituzionale, l'applicazione dei reati “gravi”, per i quali è prevista l'estensione a settantadue mesi in tema di conservazione dei dati, apparirebbe essere maggiormente confacente all'orientamento espresso dalla Corte di giustizia. Da tale considerazione discendono delle ricadute *a contrario* anche in tema di intercettazioni⁸⁸; tenuto conto che l'acquisizione del dato esteriore dovrebbe generare, secondo la giurisprudenza prevalente, una compromissione inferiore rispetto a quella relativa all'apprensione del contenuto delle conversazioni, la disciplina dell'accesso ai dati esteriori, limitata unicamente al contrasto dei *serious crimes*, si pone in un difficile rapporto di compatibilità con quella in tema di intercettazioni, la quale prevede un catalogo di reati di minore gravità. Applicando il ragionamento a sfere concentriche – in cui il meno, i tabulati, è ricompreso nel più, le intercettazioni – proprio della dottrina e della giurisprudenza interna, si perviene all'esito della incompatibilità della disciplina delle intercettazioni generata “a cascata” dall'incompatibilità dell'art. 132 del *Codice della privacy*.

A ben vedere questo rapporto ombelicale tra tabulati e intercettazioni andrebbe reciso; sebbene il diritto da cui trovano copertura sia il medesimo – la libertà e la segretezza delle comunicazioni – la materia dei dati esteriori dovrebbe essere caratterizzata, a livello interno, da quella autonomia e indipendenza rinvenibili a livello europeo. Tale strumento di prova è, infatti, dotato di «multiformi potenzialità [...], destinate ad accrescersi con il perfezionarsi della tecnologia»⁸⁹, non potendosi,

⁸⁶ [Corte cost. sent. n. 281/1998](#), cit., punto 4.

⁸⁷ Come ricorda G. BATTARINO, *Cgue e dati relativi al traffico telefonico e telematico. Uno schema di lettura*, in [Questione Giustizia](#), 21 aprile 2021, 5.

⁸⁸ Come sostenuto anche da E.N. LA ROCCA, *A margine di una recente sentenza della Corte di giustizia Ue (C-748/18): riflessi sinistri sulla disciplina delle intercettazioni in Italia*, cit., 2.

⁸⁹ Così la definisce L. FILIPPI, *Il revirement delle Sezioni unite sul tabulato telefonico: un'occasione mancata per riconoscere una prova incostituzionale*, cit., 3250.

quindi, aprioristicamente stabilire se lo stesso sia meno invasivo dell'apprensione del contenuto di una conversazione.

La teoria delle sfere concentriche è sedimentata nella giurisprudenza italiana, al punto che pure una pronuncia innovativa come quella del Tribunale di Roma ne è figlia; anche il Tribunale di Rieti⁹⁰, recentemente intervenuto in materia di *data retention* dopo la pronuncia della Corte di giustizia, dimostra di non discostarsi dall'impostazione tradizionale, ritenendo la compressione della riservatezza generata dai tabulati «assai inferiore» rispetto a quella delle intercettazioni.

Il giudice laziale, non convinto della diretta applicabilità della [sentenza H.K.](#), ha deciso di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo al fine di verificare, in particolare, se il ruolo del pubblico ministero italiano sia compatibile con l'art. 15 della direttiva 2002/58/CE in sede di autorizzazione all'accesso ai dati esteriori di traffico e di ubicazione. Sebbene, astrattamente, l'intervento del giudice europeo potrebbe mettere la parola fine al dibattito interno, deve osservarsi come la pronuncia oggetto di questo commento chiarisca in maniera inequivocabile tutti i profili messi in dubbio dal Tribunale di Roma; in ogni caso vale la pena rammentare come la Corte Costituzionale escluda la necessità del rinvio pregiudiziale «quando il significato della norma comunitaria sia evidente, anche per essere stato chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia»⁹¹.

Ad essere pienamente convinto della compatibilità dell'art. 132 del *Codice della privacy* con la normativa europea è, invece, il Tribunale di Milano⁹² che non attribuisce alla [sentenza H.K.](#) alcun profilo di novità. Dalla lettura della pronuncia del giudice milanese sembra compiersi un tuffo nel passato: vengono riproposti pedissequamente gli approdi giurisprudenziali – di cui si è dato precedentemente conto – che oggi, però, risultano essere del tutto inadeguati. Dopo aver precisato che il giudizio dinanzi ad esso pendente ha ad oggetto l'accertamento di un reato grave, il Tribunale osserva che, in ogni caso, l'ingerenza nella vita privata altrui sarebbe stata circoscritta dalla breve durata, circa 24 ore, del tracciamento del tabulato telefonico. Sotto il profilo dell'autorità competente in tema di accesso ai dati esteriori, tale giudice si limita a ritenere non comparabile la figura del pubblico ministero estone rispetto a quello italiano; è il requisito dell'indipendenza, e non della neutralità, ad essere valorizzato nella pronuncia in questione, in cui viene ribadito il costante orientamento giurisprudenziale che ritiene che le pronunzie europee abbiano inteso riferirsi al concetto di autorità giudiziaria, che ricomprende pacificamente anche il pubblico ministero.

Nonostante il giudice nazionale sia – o meglio dovrebbe essere – direttamente garante dell'applicazione della normativa europea, appare del tutto probabile che in tempi brevi si perverrà al giudizio della Corte costituzionale, chiamata a fare chiarezza a seguito delle molteplici soluzioni interpretative che verranno offerte dalla giurisprudenza di merito.

Provando ad ipotizzare una possibile pronuncia della Consulta, il terreno sembra fertile per addivenire ad una sentenza additiva di principio, con la quale non viene immessa «nell'ordinamento una concreta “regola” positiva [...] ma si pone solo un “principio” generale sulla futura produzione legislativa»⁹³. Escludendosi *a priori* l'intervento puramente demolitivo, sembra potersi escludere anche l'utilizzo dell'addizione pura, considerato che sulla materia in questione il Giudice delle leggi aveva, in passato⁹⁴, precisato come le scelte in tema di acquisizione dei tabulati fossero riservate alla discrezionalità del legislatore. Non è del tutto inconsistente ipotizzare, però, un possibile utilizzo del “rinvio a termine” al legislatore⁹⁵; tale innovativa tecnica decisoria, inaugurata con l'ordinanza

⁹⁰ Tribunale di Rieti, sez. pen., 4 maggio 2021, ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia.

⁹¹ Cfr. [Corte cost. sent. n. 28/2010](#), cit., punto 6.

⁹² Tribunale di Milano, sez. VII pen., 22 aprile 2021.

⁹³ Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 198.

⁹⁴ Ed in particolare in [Corte cost. sent. n. 281/1998](#), cit.

⁹⁵ Tecnica decisoria che è stata definita di «incostituzionalità prospettata» dal Presidente della Corte costituzionale, Giorgio Lattanzi, nella *Relazione sull'attività svolta nel 2018*, 21 marzo 2019. Di «incostituzionalità differita» parla C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 3 dicembre 2018; di «incostituzionalità sopravvenuta» invece 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 in [Forum di Quaderni](#)

*Cappato*⁹⁶, prevede la sospensione a tempo del giudizio dinnanzi alla Corte Costituzionale nell'attesa dell'intervento del legislatore, alla cui discrezionalità sarebbe riservata la regolamentazione della materia. Il rinvio al Parlamento non è in bianco, predeterminando la Corte l'esito cui la stessa perverrà scaduto il termine assegnato al Parlamento. Senza potersi dilungare sugli innumerevoli profili critici che presenta un meccanismo così delineato⁹⁷, non sembra del tutto peregrino affermare che la particolare rilevanza della questione potrebbe indurre il Giudice delle leggi a superare l'ostacolo della discrezionalità del legislatore attraverso l'utilizzo di tale tecnica decisoria.

Indipendentemente dal giudizio prognostico in merito a quale tipologia di decisione potrebbe adottare la Consulta, la questione che emerge con forza attiene agli effetti pratici che produrrebbe una dichiarazione di incompatibilità della normativa interna – sia da parte della Corte Costituzionale che da parte del giudice interno – per i tabulati già acquisiti in giudizio. Sebbene sulla sorte di tali dati risponderà certamente, in maniera più approfondita, la scienza processualpenalistica, sembra condividersi la tesi di attenta dottrina la quale, nel ricercare quali possano essere le conseguenze derivanti dalla incompatibilità dei dati esteriori rispetto alla normativa comunitaria, ritiene che «l'unica opzione che va energicamente esclusa a priori è quella dell'assenza di qualsiasi sanzione»⁹⁸ per i tabulati acquisiti. Appare, però, il caso di rammentare come la Consulta, proprio nel pronunziarsi in tema di *data retention*, abbia affermato che «non possono validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo o del cittadino»⁹⁹.

Il principio di ragionevolezza e la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, di cui è portatore il principio personalista, sono la bussola con la quale si è costantemente orientato il commento in questione: i fiumi di inchiostro che sono stati versati dalla giurisprudenza e dalla dottrina sono, infatti, tutti riducibili nella costante ricerca di soddisfare la «coppia assiologica fondamentale»¹⁰⁰ rappresentata dagli artt. 2 e 3 Cost.

Il compito di trovare il giusto equilibrio tra i valori che informano la *data retention* spetta, però, unicamente al legislatore, al cui giudizio di proporzionalità in astratto sono affidate le scelte in merito alla regolamentazione della materia. L'occasione offerta dalla pronuncia della Corte di giustizia non può essere ignorata.

Costituzionali, 12; a definirlo come lo «schema della doppia pronuncia» è 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.

⁹⁶ *Ord. n. 207 del 2008* della Corte costituzionale alla quale sono seguite altre due ordinanze di rinvio al legislatore e segnatamente nell'*ord. n. 132/2020* e l'*ord. n. 97/2021*.

⁹⁷ Sul quale riflette in particolare A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 maggio 2019 evidenziando come «il limite del rispetto della discrezionalità del legislatore, in nome del quale il giudice si è determinato a far luogo alla chiamata in campo di quest'ultimo, non può più valere nel momento in cui le Camere dovessero venire meno alla sollecitazione loro rivolta».

⁹⁸ Cfr. S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, cit., 780.

⁹⁹ *Corte cost. n. 81/1993*, cit., punto 5; da tale principio, che era stato sancito per la prima volta con la *sent. n. 34/1973*, la dottrina aveva elaborato la nozione di «prova incostituzionale» ravvisabile nel caso di quegli atti la cui assunzione sia avvenuta in modo contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento. Nel caso in cui il giudice dovesse trovarsi in presenza di prove incostituzionali deve dichiararne la inutilizzabilità, radiandole dal materiale probatorio, o indiziario, utile per la sua decisione; la sanzione della inutilizzabilità, prevista dall'art. 191 c.p.p., infatti, non si applica solo nei confronti di prove oggettivamente vietate ma anche quelle «formate od acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla Costituzione»: così Cass., sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268. Sul tema in questione tra tutti si veda G. ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 506; A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove 'incostituzionali'*, in *Cass. pen.*, 1999, 1192; L.P. COMOGLIO, *L'inutilizzabilità 'assoluta' delle prove 'incostituzionali'*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 30.

¹⁰⁰ Formula particolarmente cara ad A. RUGGERI dallo stesso Autore utilizzata in innumerevoli occasioni tra le quali ad es. in A. RUGGERI, *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*, in *Giustizia Insieme*, 22 ottobre 2020.

Alessandra Mazzola
Il diritto alla salute tra dimensione individuale e dovere sociale*

ABSTRACT: *The article examines the constitutional right to healthcare and focuses on the social aspect of this right. Having stated the right to healthcare, Article 32 of the Italian Constitution imposes a "duty" to help (social and medical) whenever the health of a person is considered an interest of the community. The "duty" to provide assistance might include compulsory health treatments, including vaccinations. After reconstructing the current legislation on mandatory vaccination for health personnel, the author analyses the "strong" recommendation provided both at national and European level on vaccination (the so-called EU green pass). Finally, the emphasis is focused on the principle of social solidarity (Article 2 Constitution) by virtue of which it seems to understand the "moral" duty to vaccinate in order to safeguard one's own health and that of the community. Hence, the principle of social solidarity allowed the state to opt not to impose vaccination.*

SOMMARIO: 1. Un diritto, due livelli di governo. – 2. Il lato “passivo” della salute: il dovere di curarsi. – 3. ...e il dovere di solidarietà sociale.

1. *Un diritto, due livelli di governo.*

La Costituzione repubblicana, cercando di assicurare ad un tempo le libertà dei privati e le esigenze manifestate dalle differenti parti sociali, definisce un rapporto fra cittadino e Stato assolutamente distante dall'ordinamento giuridico liberale e, ancor più, da quello fascista¹. Il punto di svolta è segnato dal mutamento della forma di Stato, posto che la Carta del '48 «non si è limitata a riaffermare le garanzie dei diritti fondamentali»² già consolidate nel precedente periodo storico, ma si è (pre)occupata di affermare un sistema di «libertà attraverso lo Stato»³.

Questo nuovo assetto ordinamentale si contraddistingue per il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali, fra cui rientra il diritto (individuale e collettivo) alla salute, nei confronti del quale la nostra Costituzione “presbite” si è dimostrata «straordinariamente anticipatrice»⁴, tanto che il dibattito in Assemblea costituente⁵ sull'approvazione dell'art. 32 Cost. è stato piuttosto acceso.

Com'è noto, quello alla salute è l'unico diritto ad essere esplicitamente definito come «fondamentale» dalla Costituzione, la quale ha recepito la relativa tutela come un fine indefettibile dello Stato⁶. È invero un diritto nuovo, non riconducibile alle dicotomie note sino alla metà del XX Secolo (libertà negative vs. positive, norma programmatica vs. precettiva, diritto riconducibile a un

¹ V. *ex multis* C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1967, 121-139; F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, 796-816; F. CUOCOLO, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, 1994; V. ONIDA, *Intervento*, in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, 89 ss.; C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo*, Napoli, 2006, 309 ss.; G. AMATO, F. CLEMENTI, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, 2012 e, con riguardo al tema della salute, cfr. almeno M. OLIVETTI, *Appunti per una mappa concettuale sul diritto alla salute nel sistema costituzionale italiano*, in *Medic.* n. 3 del 2004, 66 ss. e A. APOSTOLI, *Il fondamentale diritto alla salute nell'ordinamento italiano*, in A. Zaglio (cur.), *Trattato di legislazione ospedaliera*, Padova, 2009, 1-40, spec. 1-10.

² A. APOSTOLI, *Il fondamentale diritto*, cit., 2.

³ A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001, 118.

⁴ M. OLIVETTI, *Appunti*, cit., 60.

⁵ Cfr. in particolare le sedute del 19 e del 24 aprile 1947 e la ricostruzione di A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 656-657, nonché C. PANZERA, *Un diritto fra i doveri? Lo «strano caso» del diritto alla salute*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (curr.), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Torino, 2007, 438-443.

⁶ Sulla tutela giuridica della salute in epoche precedenti all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana v. *ex multis* R. FERRARA, *Salute (diritto alla)* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, 1997, 518 ss. che sottolinea il passaggio storico della salute quale servizio pubblico disponibile in quanto tale a quello di funzione pubblica irrinunciabile da parte dell'organizzazione statale; C.M. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)* (voce), in *Enc. Dir.*, agg. V, 2001, 1009 ss. Mentre, per una ricostruzione dell'evoluzione del concetto di salute cfr. G. CESANA, *Il “Ministero” della salute. Note introduttive alla medicina*, Firenze, 2001, 31 ss.

facere vs. un non facere) perché esprime uno «“*stato*”, cioè una certa condizione di benessere da conservare nel tempo»⁷.

Peraltro, la norma costituzionale dedicata alla salute è «eterogenea»⁸ perché sancisce, ad un tempo, un diritto fondamentale (art. 32, primo comma, Cost.), un diritto di libertà (secondo comma), un diritto a prestazione da parte dello Stato (primo comma, primo periodo), un dovere – o, se si preferisce, un obbligo personale (primo comma) – e pone altresì principi vincolanti per la legislazione (secondo comma). Con la sua struttura poliedrica⁹ dà conto della complessità nel differenziare i diritti individuali e i diritti sociali, ma anche dell’inesistenza di un’effettiva antinomia fra gli stessi¹⁰ perché si condizionano a tal punto da renderne sbiaditi i confini.

Nell’analisi di questo diritto nuovissimo il centro di riferimento è la persona, oggi titolare del valore della dignità umana¹¹, tanto che il Giudice costituzionale ha affermato che l’art. 32 Cost. sancisce «un “diritto primario e fondamentale che [...] impone piena ed esaustiva tutela”»¹². In particolare, attraverso la garanzia sancita dal primo comma dell’art. 32 Cost. (le cure gratuite agli

⁷ A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, cit., 657.

⁸ *Ivi*, 658. V. anche B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, n. 1 del 1983, 21-91; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, n. 1 del 1984, 21-60; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998, 61 ss.; A. APOSTOLI, *Il fondamentale diritto*, cit., 7 ss.; A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio in tema di vaccinazioni obbligatorie*, in Federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario, 3 definisce quello alla salute un «diritto “bi-polare”», mentre A. PAPA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso paradigmatico della tutela del diritto alla salute*, in P. Bilancia (cur.), *Regionalismo differenziato: un percorso difficile*, Milano, 2019, 65 definisce la nozione di salute come «prismatica». Ancora, M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni. M.C. Grisolia (curr.), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 13, ritiene che la struttura giuridica dell’art. 32 Cost. sia «multiforme», mentre C. MAGNANI, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in Forum di Quaderni costituzionali, 12 aprile 2018, 11 ritiene che l’art. 32 Cost. sia un articolo dal «testo polisemico».

⁹ È stato detto che “diritto alla salute” altro non è che una «formula sintetica con la quale si esprime la garanzia di una pluralità di situazioni soggettive assai differenziate fra loro e talvolta legate da un nesso tutt’altro che diretto» (M. LUCIANI, *Salute (diritto alla)* (voce), in *Enc. Giur.*, XXVII, 1991, 5), ovvero che si tratta di una «posizione giuridica soggettiva complessa» (B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 25).

¹⁰ V. almeno L. CARLASSARE, *Forme di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, n. 1 del 1995, 33 ss.; F. MODUGNO, *I nuovi “diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 41 ss.; D. BIFULCO, *L’inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003. A. APOSTOLI, *Il fondamentale diritto*, cit., 6 sostiene che tale diritto è l’esempio «emblematico» della difficoltà di «cogliere l’esatta distinzione tra diritti individuali e diritti sociali» quando si esce dal «piano teorico-astratto» e ci si addentra in quello «pratico», nonché di come non sussista «una reale antinomia fra diritti di libertà personale e diritti sociali»; analogamente M. OLIVETTI, *Appunti*, cit., 63 sostiene che sarebbe ingenuo pensare che fra diritti di libertà e diritti sociali sussista «una rigida alternativa». A. MORELLI, *Il carattere inclusivo dei diritti sociali e i paradossi della solidarietà orizzontale*, in Rivista del Gruppo di Pisa, n. 3 del 2012, 1 ricorda che benché i diritti sociali non siano sempre riconducibili ai diritti inviolabili dell’art. 2 Cost. è comunque essenziale «il carattere generale di alcune formule» adoperate dalla Costituzione, come quella dell’art. 32, primo comma, Cost. che tutela la salute in quanto «fondamentale diritto dell’individuo».

¹¹ Di qui, il secondo periodo del secondo comma dell’art. 32 Cost. («la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana») che esplicita il riconoscimento da parte della Repubblica di «un nucleo irriducibile del diritto» che si pone, appunto, come «ambito inviolabile della dignità umana» (Corte cost., sent. n. 252 del 2001 § 2 *Cons. dir.*). Com’è stato sostenuto, la formula dell’art. 32, secondo comma, Cost. «impone di ricercare un equilibrio tra interesse sociale e interesse individuale» cosicché «i trattamenti imposti siano diretti» a tutelare la salute individuale e collettiva (B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 65 e 29). Sulla differenza fra rispetto della *persona* umana e della *dignità* umana si vedano le ampie considerazioni di M. LUCIANI, *Salute*, cit., 10; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. soc.*, n. 2 del 1982, 314; C. PANZERA, *Un diritto fra i doveri?* cit., 454-456; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2015, 200 ss.; P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 387-389, nonché l’art. 33 della l. 833/1978.

¹² Corte cost., sent. n. 455 del 1990 § 3 *Cons. dir.*

indigenti¹³), la Repubblica ha il dovere di rimuovere uno degli «ostacoli più rilevanti»¹⁴ che intralciano la persona nel pieno sviluppo della sua personalità e nella partecipazione alla vita del Paese (art. 3, secondo comma, Cost.).

Legandosi con altre norme costituzionali (artt. 2, 3 e 13 Cost.) tale diritto si «arricchisce di ulteriori sfumature»¹⁵ e concorre a considerare la persona quale “centro nevralgico”, rete di interscambi continui fra persone nella società. Il caleidoscopico principio sancito dall’art. 32 Cost. è infatti «a matrice plurima»¹⁶ perché coinvolge molteplici interessi che devono essere costantemente bilanciati per garantire i diritti e i doveri ivi sanciti, per scongiurare l’implosione del sistema finanziario nazionale e per evitare uno “scontro” fra i livelli di governo.

Siccome il diritto alla salute «caratterizza la forma di Stato sociale disegnata dalla Costituzione»¹⁷, la relativa garanzia è affidata alla Repubblica (art. 114 Cost.) e, a seguito della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, esige attenzione il riparto di competenze Stato-Regioni. I rapporti fra i due livelli di governo sono stati riscritti «in modo piuttosto incerto» e «con una pericolosa contrazione del principio di eguaglianza»¹⁸. Infatti, all’“assistenza sanitaria ed ospedaliera” è stata sostituita la “tutela della salute”, una materia «assai più ampia»¹⁹ perché relativa sia ai profili che ineriscono alla tutela della salute, sia a quelli organizzativi del comparto sanitario.

La “tutela della salute” è compresa fra le materie di potestà legislativa concorrente (art. 117, terzo comma, Cost.), dunque la legislazione è ripartita fra lo Stato – che precisa i livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, secondo comma, lett. m) Cost.)²⁰ – e le Regioni, cui è affidato il compito di svolgere in concreto i principi stabiliti dallo Stato. Tuttavia, nell’esercizio delle proprie prerogative lo Stato può adottare una normativa anche dettagliata attraverso la quale «far “soccombere” la corrispondente potestà regionale»²¹ perché la linea di confine fra le due potestà è molto sottile e deve essere determinata di volta in volta, sulla base della questione che il legislatore deve disciplinare²².

Com’è noto, la riforma del Titolo V ha sostanzialmente “costituzionalizzato” «la [già esistente] differenziazione dei modelli regionali» posto che, di fatto, «le trasformazioni sono intervenute a Costituzione invariata», anticipando l’effetto della legge costituzionale²³. Se l’obiettivo della riforma

¹³ M. LUCIANI, *I livelli essenziali*, cit., 13 ha sostenuto che il diritto alla salute è «percepito come diritto sociale a prestazione perché la sua più evidente forma fenomenica (il diritto alla cura, e in particolare alle cure gratuite) è simile a quelle che, nei diritti sociali, sono più comuni». Parte della dottrina sostiene che l’indigenza sia un concetto relativo e che sarebbe piuttosto opportuno parlare di persone «medicalmente bisognose», cfr. B. CARAVITA, *La disciplina*, cit., 49; M. LUCIANI, *Salute*, cit., 9; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 26; F. MINNI, A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2013, 9.

¹⁴ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 23.

¹⁵ C.M. D’ARRIGO, *Salute*, cit., 1112.

¹⁶ G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Rivista AIC*, n. 4 del 2013, 2.

¹⁷ Corte cost., [sent. n. 37 del 1991](#) § 3 *Cons. dir.*

¹⁸ L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012, 209.

¹⁹ Corte cost. sentt. [n. 270 del 2005](#), nn. [181](#) e [328 del 2006](#), [ord. n. 162 del 2017](#), [sent. n. 207 del 2010](#). V. R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in R. Balduzzi, G. Di Gaspare (curr.), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002, 11 ss.; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 95 ss.; C. FASONE, *Tutela della salute (art. 117.3)*, in R. Bifulco, A. Celotto (curr.), *Le materie dell’art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2005, 283 ss.

²⁰ Come ha precisato Corte cost., [sent. n. 282 del 2002](#) § 3 *Cons. dir.* i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali non hanno ad oggetto «una “materia” in senso stretto» quanto piuttosto «una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle».

²¹ D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1 del 2018, 10.

²² Corte cost., [sent. n. 271 del 2008](#) § 2 *Cons. dir.* «il limite della competenza esclusiva statale [di cui all’art. 117, secondo comma, lett. m)] rispetto alla competenza legislativa concorrente in tema di “tutela della salute” può essere relativamente mobile e dipendere concretamente dalle scelte legislative operate».

²³ P. MAZZINA, *L’autonomia politica regionale. Modelli costituzionali e sistema politico*, Napoli, 2020, 180 sostiene che la riforma del 2001 si è limitata a «fotografare» l’assetto già esistente di un servizio sanitario caratterizzato da una

del 2001 era garantire uniformità sull'intero territorio nazionale quanto al godimento del diritto alla salute, in realtà si è registrata una «parziale differenziazione delle modalità di organizzazione dei servizi» che vi danno attuazione²⁴, realizzando così ventuno differenti sistemi sanitari²⁵. Nonostante la riforma e la separazione fra competenze statali e concorrenti in tema di salute, persiste «una certa vischiosità ad abbandonare la prassi delle norme statali di dettaglio in materia»²⁶, forte anche di una giurisprudenza costituzionale che non «sanziona» quegli interventi legislativi centrali eccessivamente puntuali²⁷.

Tale modo di procedere ha trovato conferma durante la pandemia, la quale ha comportato l'adozione di un'articolata serie normativa a livello centrale, lasciando alle Regioni l'attuazione e il controllo del regolare adempimento di quanto prescritto²⁸. Il legislatore statale ha ritenuto che il contrasto alla diffusione delle malattie infettive richieda l'adozione di misure omogenee sul territorio nazionale, tuttavia la legge regionale 9 dicembre 2020, n. 11 della Valle D'Aosta²⁹ non ha rispettato tale *modus operandi* e la Corte costituzionale è stata investita in via principale della liceità della legge. Com'è noto, la Consulta ha risposto dapprima con l'[ordinanza n. 4 del 2021](#) e poi con la [sentenza n. 37 del 2021](#).

Se le pronunce della Corte si evidenziano per numerosi profili, quel che qui rileva riguarda la circostanza che la normativa regionale impugnata dettava «una procedura di contenimento del virus differente da quella statale», essendo perciò «potenzialmente idonea a impedire la immediata applicazione di quest'ultima» in un ambito in cui, al contrario, «la tempestività della risposta all'evoluzione della curva epidemiologica è fattore decisivo ai fini della sua efficacia» (§ 6.1 *Cons. dir.*). Il fatto che la legge regionale interessasse una Regione a Statuto speciale non ha avuto alcuna rilevanza nella regolazione della questione dinnanzi al Giudice di legittimità delle leggi, posto che la competenza esclusiva statale in materia di profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lett. q)

articolazione regionale rafforzandola ulteriormente con un nuovo riparto di competenze legislative e regolamentari tra lo Stato e le singole Regioni».

²⁴ A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianza*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1 del 2020, 44.

²⁵ Cui malauguratamente seguono «21 diritti alla salute differenti» (*Ivi*, 50). Dello stesso avviso, anticipando quello che sarebbe successo, V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002, 121-122 e, per una ricostruzione di quanto accaduto v. fra i tanti A. PETRETTO, *Modelli economici di organizzazione sanitaria e finanziamento*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (curr.), *Diritto alla salute*, cit., 84 ss.; R. BALDUZZI, *Esiste ancora un Servizio sanitario nazionale?*, in M. Ricca, L. Chieffi (curr.), *Regionalismi e diritti di cittadinanza*, Roma, 2005, 23 ss.; C. PINELLI, *La revisione costituzionale del 2001 e le sue ricadute in campo sanitario*, in [Corti supreme e salute](#), n. 3 del 2018; L. CHIEFFI, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in [Nomos](#), n. 1 del 2020, 7; L. DELL'ATTI, *Tutela della salute e modelli differenziati di governance. Il regionalismo sanitario nella dialettica fra unità e autonomia*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2020, 186 ss.

²⁶ G. CARPANI, D. MORANA, *Le competenze legislative in materia di "tutela della salute"*, in R. Balduzzi, G. Carpani (curr.), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 114.

²⁷ Corte cost., [sent. n. 88 del 2003](#) § 4 *Cons. dir.* ha sancito che lo Stato, sulla base della potestà legislativa esclusiva nella materia indicata dall'art. 117, secondo comma, lett. m) Cost., è coadiuvato da 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» e ha nondimeno la potestà di «compr[imere] [del]l'autonomia organizzativa e funzionale delle Regioni e Province autonome».

²⁸ *Nulla quaestio* circa la tendenza centripeta dello Stato, posto che in caso di situazioni straordinarie è essenziale l'uniformità di provvedimenti sull'intero territorio statale, resta nondimeno da notare come il Governo non si sia interfacciato con i Presidenti delle Regioni, bensì con il Presidente della Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome. Tale circostanza ha fatto notare un «salto di metodo» da parte del «Governo nella gestione della leale collaborazione» (P. MAZZINA, *L'autonomia politica*, cit., 202) che ha dato vita a «dissapori» non certo auspicabili.

²⁹ Recante *Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione Valle d'Aosta in relazione allo stato di emergenza* con la quale la Regione voleva sostituire il proprio modello regionale di gestione dell'emergenza a quello nazionale. Ad essere sanzionati con l'illegittimità costituzionale sono stati l'art. 1 (indicazione degli obiettivi programmatici perseguiti dalla Regione), l'art. 2 (indicazione delle misure da rispettare per l'esercizio delle attività economiche nell'ambito regionale) e l'art. 4, commi 1, 2 e 3 (potere d'ordinanza del Presidente della Giunta regionale) della l. reg. n. 11/2020.

Cost.)³⁰ – con cui la Consulta risolve il dubbio di costituzionalità – deve ritenersi «comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla» (§ 7 *Cons. dir.*)³¹.

La legge valdostana, introducendo un meccanismo di contrasto alla pandemia diverso rispetto a quello previsto dalla legge statale, ha invaso l'ambito di competenza di un altro potere dello Stato e ha altresì superato i confini della competenza regionale attraverso uno strumento (la legge regionale, appunto) interdetto dalla normativa vigente (§ 12.1 *Cons. dir.*). La [sentenza n. 37 del 2021](#) ha sancito che le misure di prevenzione e contrasto alla pandemia rientrano nella competenza esclusiva dello Stato perché relative alla profilassi internazionale – già di competenza statale (art. 6 l. n. 833/1978) – che dunque «assorb[e] [al livello legislativo centrale] ogni profilo della disciplina» (§ 7 *Cons. dir.*).

D'altro canto, la materia indicata dalla lettera *q*) dell'art. 117 Cost. è sempre stata interpretata in continuità logica e giuridica con l'aggettivo “internazionale”³², mentre nel caso in esame è stata intesa alla stregua di ogni evento potenzialmente idoneo a produrre effetti anche al di là dei confini nazionali³³. A tal proposito, sostiene la Corte, «è ovvio che ogni decisione di aggravamento o allentamento delle misure di restrizione ricade sulla capacità di trasmissione della malattia oltre le frontiere nazionali, coinvolgendo così profili di collaborazione e confronto tra Stati, confinanti o meno» (§ 7 *Cons. dir.*). Ferma l'elevata contagiosità del virus e le gravi conseguenze sulla salute dei cittadini, la Consulta ritiene che sia imprescindibile una disciplina esclusivamente statale (§ 7.1 *Cons. dir.*); se questo principio, alla luce della gravità epidemiologica che affligge il tempo presente, può ritenersi condivisibile, resta da notare come la motivazione della sentenza presenti qualche forzatura.

La materia con cui la Corte sana la questione trova ragione quando è necessario attuare «programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale» (§ 7 *Cons. dir.*)³⁴, ciò che non si è verificato in relazione alla pandemia. Piuttosto, dal 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) si è “limitata” a dichiarare «l'emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale, approfondendo in seguito raccomandazioni dirette alle autorità politiche e sanitarie degli Stati» (§ 7 *Cons. dir.*)³⁵, senza redigere un programma internazionale (o comunque “regionale”) che gli Stati sono (stati) chiamati a rispettare per contrastare il dilagare del contagio. L'OMS ha adottato una

³⁰ Ovvero una «metodica condivisa a livello sovranazionale per combattere il virus», così M. MEZZANOTTE, [Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali](#), in questa [Rivista](#), 2021/I, 333.

³¹ Ne discende che la competenza statale esclusiva si impone «anche alla Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, atteso che essa non può vantare alcuna attribuzione statutaria avente simile oggetto» (§ 11 *Cons. dir.*). Non solo, lo Statuto della Regione Valle d'Aosta attribuisce alla Regione una competenza legislativa integrativa ed attuativa solo in materia di «igiene, sanità, assistenza ospedaliera e profilattica» (art. 36), peraltro meno favorevole rispetto alla “tutela della salute” (art. 117, terzo comma, Cost.). Ai sensi dell'art. 10 l. cost. n. 3/2001, inoltre, «quest'ultima attribuzione [...] pone la Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste sul medesimo piano delle Regioni a statuto ordinario», pertanto le competenze statutarie su cui ha posto l'accento la difesa regionale possono «rilevare in termini indiretti e marginali» sulla base dell'oggetto posto, di volta in volta, all'interesse della Consulta e comunque «sono recessive rispetto all'interesse prevalente di profilassi internazionale, al quale va ricondotta la disciplina della materia» (*ibidem*).

³² La materia è stata raramente adoperata dalla Corte e, quando ne ha avuto occasione, l'ha legata al principio della transnazionalità (Corte cost., [sent. n. 270 del 2016](#)), ovvero all'applicazione di norme sanitarie stabilite in sede sovra e/o internazionale (Corte cost., sentt. [n. 12 del 2004](#); [n. 72 del 2013](#) e [n. 173 del 2014](#)). V. per tutti M. MEZZANOTTE, [Pandemia e riparto](#), cit. spec. 332-333.

³³ La Consulta richiedeva cioè «una immediata ripercussione della norma in giudizio sulla sfera ultra-nazionale» (L. CUOCCOLO, F. GALLARATI, [La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale](#), in [Corti supreme e salute](#), n. 1 del 2021, 5). Cfr. anche R. NIGRO, [La sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale](#), in [Diritti Regionali](#), n. 2 del 2021.

³⁴ V. anche le sentt. [n. 5 del 2018](#), [n. 270 del 2016](#), [n. 173 del 2014](#), [n. 406 del 2005](#) e [n. 12 del 2004](#).

³⁵ D. MORANA, [Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021](#), [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 2 del 2021, 15 nota che la Corte ha argomentato in maniera “superficiale” perché un conto è «richiamare la sussistenza di una responsabilità internazionale dello Stato nell'evitare la diffusione del contagio, o constatare la facile trasmissibilità internazionale della malattia», altro è, invece, «asserire che per scongiurare le potenziali ed eventuali ricadute al di là delle frontiere l'unico possibile livello di intervento sia quello statale».

strategia basata su otto pilastri³⁶ che tuttavia non hanno indicato una profilassi internazionale che gli Stati avrebbero dovuto rispettare.

Il fatto che il Giudice costituzionale, “stirando”³⁷ l’interpretazione dell’art. 117, secondo comma, lett. q) Cost., abbia fatto rientrare nella profilassi internazionale gli atti assunti per contrastare la pandemia, è sintomatico della circostanza che volesse evitare «la trappola»³⁸ delle materie trasversali per assicurare la direzione unitaria dell’emergenza³⁹.

L’intervento delle Regioni nell’organizzazione della risposta all’emergenza si palesa come legittimo «nei limiti in cui» si inserisce «armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l’incolumità pubblica» (§ 7.2 *Cons. dir.*). Ne deriva che «il legislatore statale, se posto a confronto con un’emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari», e al fine di assicurare un uniforme piano strategico di contrasto al virus, può «introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest’ultima» (§ 9 *Cons. dir.*), ciò che è accaduto a partire dal febbraio 2020.

Seguendo il ragionamento della Consulta si può evincere che in caso di emergenza sanitaria «le competenze regionali non recedono» – ciò che si verificherebbe se fosse materia trasversale – ma «vengono assorbite, annullandosi in un’unica super-materia»⁴⁰ che riassume in sé tutti gli ambiti di competenza regionale⁴¹. D’altro canto, la profilassi internazionale, almeno declinata come elemento idoneo a contenere i provvedimenti normativi e amministrativi relativi al contrasto alla pandemia, non sembra possa essere considerata come una materia a sé perché interseca altri interessi, quali la salute, l’istruzione e il commercio ed ha perciò «un’estensione “a fisarmonica”»⁴² in grado di assorbire al livello statale anche gli ambiti normalmente condivisi con le Regioni.

Com’è noto, ancor prima della [sentenza n. 37 del 2021](#) era possibile notare che l’accentramento delle funzioni in capo allo Stato avesse affermato un «“regionalismo dell’emergenza”»⁴³ che lasciava alle Regioni il solo compito di attuare quanto previsto dalla normativa statale. Al contrario, sarebbe opportuno ricordare che «gli strumenti istituzionali già esistono nell’ordinamento»⁴⁴ e, almeno con riguardo alla tutela della salute, sarebbe bene provare ad attuare l’art. 11 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 a norma del quale è possibile integrare la Commissione parlamentare per le questioni regionali sulla base di quanto dovrebbe essere previsto dai regolamenti delle Camere⁴⁵.

Nel corso del 2021, consci della “lezione del virus”, memori dell’esito positivo del *referendum* costituzionale del 20 e 21 settembre 2020 e ricordando che l’art. 11 della l. cost. n. 3/2001 non ha trovato attuazione, non sembra possibile lasciare sullo sfondo la questione di eventuali situazioni di straordinarietà che probabilmente non potranno essere positivamente affrontate se, *medio tempore*, non saranno implementate «soluzioni di idonea gestione dell’ordinarietà»⁴⁶. Si auspica dunque che non appena la situazione sanitaria e sociale virerà verso la “normalità”, i soggetti istituzionali investiti

³⁶ Indicati nel *COVID-19 Strategic Preparedness and Response Plan Operational Planning Guidelines* (1° febbraio 2021-31 gennaio 2022) e nel *2019 Novel coronavirus (2019 nCoV): Strategic Preparedness and Response Plan* (aggiornato a febbraio 2021).

³⁷ L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende*, cit., 17, definiscono la materia dell’art. 117, secondo comma, lett. q) per come interpretato dalla Corte costituzionale, un «*pass par tout*», un «“bazooka”» di cui dispone il legislatore statale.

³⁸ B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d’Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in [Federalismi.it](#), 21 aprile 2021, 4.

³⁹ Corte cost., [sent. n. 37 del 2021](#) § 7 *Cons. dir.*

⁴⁰ L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende*, cit., 17.

⁴¹ Corte cost., [sent. n. 37 del 2021](#) §§ 7 e 11 *Cons. dir.*, la materia della profilassi internazionale «assorb[e] ogni profilo della disciplina», pertanto tutte le competenze regionali correlate alla gestione della pandemia non possono che risultare «recessive rispetto all’interesse prevalente di profilassi internazionale, al quale va ricondotta la disciplina della materia».

⁴² L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende*, cit., 15.

⁴³ A. FONZI, *Aspetti problematici delle linee guida Covid con particolare riferimento ai rapporti fra Stato e regioni. Principio autonomistico versus accentramento delle funzioni nel “regionalismo dell’emergenza”*, in [Corti supreme e salute](#), n. 3 del 2020, 684. Così anche P. MAZZINA, *L’autonomia politica*, cit., 201-211.

⁴⁴ B. CARAVITA, *La sentenza*, cit., 2.

⁴⁵ Cfr. P. MAZZINA, *L’autonomia politica*, cit., 206 ss.

⁴⁶ *Ivi*, 207.

dei pubblici poteri si facciano portavoce di un (costruttivo) dibattito giuridico e politico che non estrometta una parte consistente della Repubblica, le Regioni. Se così fosse, torneremmo a disegnare lo scheletro di un diritto incompiuto che non avrà la forza di dispiegare i propri effetti.

2. Il lato “passivo” della salute: il dovere di curarsi.

Il diritto alla salute, «primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati»⁴⁷, consente a ciascuno di pretendere che la propria integrità (psico-fisica) sia preservata. Com'è noto, nella definizione giuridica della salute per lungo tempo ha prevalso la dimensione collettiva con cui si riteneva lecita, in virtù dello stesso (superiore) principio, la limitazione delle libertà individuali. Non a caso, infatti, ferma la libertà delle scelte individuali (se curarsi, come curarsi, dove curarsi), la salute di ogni membro della comunità è, al tempo stesso, «obiettivo dell'intera collettività»⁴⁸. Ne discende che la tutela della salute è un «insieme variegato di posizioni giuridiche soggettive» che rende l'art. 32 Cost. «uno dei più complessi da esaminare, interpretare e applicare»⁴⁹.

Il bene salute si contraddistingue per una componente deontica⁵⁰ – sorretta dal principio di solidarietà sociale – che, esplicitata nella forma della sottoposizione ai trattamenti sanitari obbligatori⁵¹ (art. 32, secondo comma, Cost.), assume le vesti di interesse della comunità⁵². Il dovere di curarsi si ritiene «costituzionalmente tollerabile» nella misura in cui tende «a perseguire un miglioramento» o comunque ad «evitare un pregiudizio, reale o potenziale» della salute del singolo e, al tempo stesso, di quella della collettività⁵³.

Il significato da intendere nell'affermazione «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32, primo comma, Cost.), dunque, è che «il diritto del primo può cedere, eccezionalmente, soltanto di fronte a un interesse della seconda»⁵⁴, riconfermando così l'impianto personalista della Carta del '48. E siccome l'«interesse della collettività» è subordinato al riconoscimento della salute come «fondamentale diritto dell'individuo», non sembra possibile immaginare la liceità di una legge che imponga alla persona di curarsi contro la propria volontà in assenza di un interesse ultroneo e che, in specie, abbia riguardo al benessere della

⁴⁷ Corte cost., [sent. n. 88 del 1979](#) § 2 *Cons. dir.*

⁴⁸ A. APOSTOLI, *Il fondamentale diritto*, cit., 10.

⁴⁹ M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, n. 2 del 2012, 455.

⁵⁰ Cfr. L. D'ANDREA, *Il dovere di cura della salute e il c.d. “paradosso di Böckenförde”*, F. Marone (cur.), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Napoli, 2019, 59.

⁵¹ I quali pongono alcuni interrogativi di difficile soluzione perché richiedono il bilanciamento con altri (e personalissimi) principi costituzionali (così A. APOSTOLI, *Il fondamentale*, cit., 10). Trattamenti da tenere distinti da quelli coattivi, ovvero imposti con la forza (cfr. Corte cost., sentt. [n. 30 del 1962](#), [n. 64 del 1986](#), nn. [194](#) e [238 del 1996](#)) e che parte della dottrina ritiene debbano essere sottoposti alle più stringenti garanzie della libertà personale (art. 13 Cost.) (v. almeno M. LUCIANI, *Salute*, cit., 10; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Dir. soc.*, n. 4 del 1979, 888; A. CERRI, *Libertà personale (dir. cost.)* (voce), in *Enc. giur.*, XIX, 1990, 9 ss.). Altra dottrina ritiene invece che le garanzie sancite dall'art. 13 Cost. debbano essere riferite alle sole misure «afflittive e degradanti» con esclusione, quindi, dei casi previsti dall'art. 32 Cost. (v. A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971, 98 ss. e 119 ss.; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale*, cit., 55; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, n. 3 del 1982, 560; M. COCCONI, *Il diritto alla tutela*, cit., 96). Risolutiva è stata la l. n. 833/1978 che agli artt. 34, quarto comma, e 35 non ha distinto fra trattamenti sanitari obbligatori e coattivi interpretando la riserva di legge dell'art. 32, secondo comma, Cost. come il solo parametro di legittimità; l'intervento dell'autorità giudiziaria è infatti previsto solo in caso di ricovero per malattia mentale.

⁵² Come ha affermato Corte cost., [sent. n. 212 del 1983](#) § 5 *Cons. dir.*, il «diritto alla salute, riconosciuto come diritto fondamentale dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, può, ove necessario, incontrare limiti oggettivi» sia nella «organizzazione dei servizi sanitari», sia «nella esigenza della concomitante tutela di altri interessi, del pari costituzionalmente protetti». *Contra* L. D'ANDREA, *Il dovere di cura*, cit., 59-63.

⁵³ C. PANZERA, *Un diritto fra i doveri?*, cit., 444. Dunque, è un dovere che si individua solo nel momento in cui si guarda alla salute da una prospettiva “attiva” e cioè quando si prendono a riferimento soggetti diversi rispetto a «quello interessato da un determinato trattamento sanitario» (A. APOSTOLI, *Il fondamentale diritto*, cit., 10).

⁵⁴ L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1 del 2009.

collettività⁵⁵. Affinché possa essere validamente imposto un trattamento sanitario è dunque necessario che la situazione che *di fatto* vuole essere rimossa possa concretamente pregiudicare la salute della collettività⁵⁶.

La legge⁵⁷ che impone un trattamento sanitario non contrasta con l'art. 32 Cost. se è diretta a «migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale»⁵⁸. Il trattamento sanitario, dunque, può essere imposto solo in presenza di uno «*stato di necessità*»⁵⁹ e non sulla base di valutazioni soggettive.

Fra i trattamenti sanitari obbligatori sono da annoverare le vaccinazioni che, benché non menzionate in Costituzione, sono state nella mente dei Costituenti quando si sono apprestati a stendere l'art. 32 Cost. avendo particolare riguardo ai limiti che il diritto alla salute – in qualità di diritto di libertà⁶⁰ – avrebbe potuto incontrare dinnanzi alla salvaguardia della salute della collettività. Le vaccinazioni sono state definite la specie «più consistente del *genus* dei trattamenti sanitari obbligatori»⁶¹, lecite purché circoscritte «entro il controlimito che rinforza la riserva di legge» (il rispetto della persona umana⁶²) perché la vaccinazione – ma il trattamento sanitario in generale – può essere imposta solo se risulti direttamente coinvolto l'interesse della collettività.

La prevenzione della diffusione delle malattie infettive mediante l'imposizione del trattamento vaccinale, essendo finalizzata al raggiungimento della c.d. immunità di gregge, esige «misure omogenee su tutto il territorio nazionale»⁶³, tanto è vero che la Corte costituzionale ([sent. n. 5 del 2018](#)) ha affermato la prevalenza della competenza statale facendo leva su determinazione dei livelli essenziali di assistenza, profilassi internazionale (art. 117, secondo comma, lett. *m*) e *q*) e principi fondamentali in materia di tutela della salute (art. 117, terzo comma, Cost.). Sono state «ragioni logiche, prima che giuridiche» quelle che hanno indotto la Consulta a ritenere che in materia di tutela

⁵⁵ Così L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. Alessi (cur.), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, 109; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari*, cit., 311; D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, n. 1 del 1982, 2467 ss. L'attenzione che la Carta del '48 riserva alla salute "pubblica" è da intendere come preoccupazione che riguarda ogni consociato a preservare la propria salute, ovvero a non veder degradato il proprio diritto a causa di scelte o condizioni sanitarie altrui. Infatti, tale bene costituzionale comprende «il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri», Corte cost., [sent. n. 218 del 1994](#) § 2 *Cons. dir.*

⁵⁶ Cfr. B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C.E. Gallo, B. Pezzini (curr.), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 9. M. COCCONI, *Il diritto alla tutela*, cit., 93 sostiene che affinché il trattamento sanitario sia lecito è necessario che oltre a tutelare l'interesse della collettività salvaguardi la salute del singolo.

⁵⁷ Sulla riserva di legge contenuta nell'art. 32 Cost. la dottrina è divisa. A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo (profili costituzionali)*, in *Dir. soc.*, n. 3 del 1978, 522; M. LUCIANI, *Salute*, cit., 10; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari*, cit., 309; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni*, cit., 558; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari*, cit., 900 sostengono la relatività della riserva di legge. P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 385; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 28 ss.; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, 402-403; D. MORANA, *La salute*, cit., 47 ritengono che la riserva sia assoluta, posto che è necessaria una legge specifica per ogni trattamento sanitario che si voglia imporre, ma anche rinforzata per la parte in cui l'art. 32 Cost. esige il «rispetto della persona».

⁵⁸ Corte cost., [sent. n. 307 del 1990](#) § 2 *Cons. dir.* e [sent. n. 258 del 1994](#). C.M. D'ARRIGO, *Salute*, cit., 1130 sostiene che «il dovere di preservare la propria salute sussist[e] quando la malattia [è] tale da mettere in gioco l'incolumità altrui, al fine di evitarne o circoscriverne la trasmissione; ma se le condizioni patologiche individuali non appaiono suscettibili di ripercussioni dirette su terzi [...] deve escludersi che al malato possa essere imposto di curarsi».

⁵⁹ L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte costituzionale)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 11 settembre 2018, 13.

⁶⁰ V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni*, cit., 557 afferma che riflettere sui casi in cui si ritiene lecito «che taluno sia obbligato e/o costretto a sottoporsi a un determinato trattamento sanitario» equivale a riflettere sul «se e quali limiti incontr[a] nel vigente ordinamento italiano la libertà del singolo individuo di rifiutare un determinato trattamento sanitario».

⁶¹ D. MORANA, *Diritto alla salute e vaccinazioni obbligatorie*, in [Diritto e salute](#), n. 3 del 2018, 49.

⁶² P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 459.

⁶³ Corte cost., [sent. n. 5 del 2018](#) § 7.2.2 *Cons. dir.*

sanitaria sia necessario un intervento omogeneo del legislatore, dinanzi al quale le competenze regionali «recedono»⁶⁴.

La Costituzione riconosce «un interesse obiettivo dell'ordinamento» relativo al «bene-salute» che esige dai governanti l'intervento affinché «quel bene (la cui tutela è “di importanza primaria”») non sia compromesso, «(se già posseduto), e sia concretamente conquistato dai singoli e dalla collettività (se assente)»⁶⁵. L'efficace attuazione del piano vaccinale è strettamente dipendente dall'attività di coordinamento e vigilanza del livello organizzativo centrale con gli enti periferici e specialmente con le Regioni. Nel tempo presente, la necessità che il piano sia definito in maniera uniforme sul territorio nazionale trova fondamento, prima ancora che nei “principi guida” indicati dalla [sent. n. 37 del 2021](#) della Corte costituzionale, nei principi di indivisibilità della Repubblica, di eguaglianza e di tutela della salute, dimodoché non si verificino differenziazioni arbitrarie fra i territori.

Com'è noto, la società contemporanea è interessata da «un periodo di profonda crisi che attanaglia il costituzionalismo inteso come modello – intriso dei valori costituzionali, appunto – di civile convivenza»⁶⁶ che rende complesso, per i poteri costituiti, districarsi nel complicato reticolo ordinamentale. Riflettendo attorno alla materia della salute e alla complessità delle questioni giuridiche (ma anche etiche) che pone il raggiungimento della c.d. immunità di gregge, il legislatore sembra libero di adottare la tecnica che ritiene più opportuna (obbligo o raccomandazione⁶⁷), purché la discrezionalità sia calibrata sulla base «delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte»⁶⁸.

L'obbligo vaccinale⁶⁹ si pone cioè sulla linea di displuvio fra libertà individuale nell'esercizio del diritto costituzionale alla salute e intervento autoritario dello Stato diretto a perseguire l'interesse generale. L'interpretazione costituzionalmente conforme degli artt. 2, 3 e 32 Cost. induce a ritenere preferibile la via della sensibilizzazione rispetto all'obbligatorietà⁷⁰ tuttavia, qualora la copertura

⁶⁴ [Ivi](#) § 7.2.2 e 7.2.5 *Cons. dir.* C. PINELLI, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze legislative e processi di formazione dell'opinione pubblica*, in *Giur. cost.*, n. 1 del 2018, 104 ha sostenuto che la sentenza è «proiettata verso l'esterno e attenta alle interazioni fra scelte legislative e processi di formazione dell'opinione pubblica: senza indulgere in toni inutilmente didascalici, ma nella consapevolezza di dover volgere ove necessario la strategia persuasiva della Corte al di fuori dell'ambito istituzionale e del riparto di competenze fra enti territoriali».

⁶⁵ M. LUCIANI, *Salute*, cit., 2-4.

⁶⁶ A. APOSTOLI, *A proposito delle più recenti pubblicazioni sull'uso della Costituzione*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2 del 2018, 28.

⁶⁷ Nel campo sanitario la distanza fra i significati dei due termini è ben inferiore rispetto al linguaggio giuridico perché «in ambito medico raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo» (Corte cost., [sent. n. 5 del 2018](#) § 8.2.4 *Cons. dir.*). La discrezionalità del legislatore nell'adozione dell'uno o dell'altro provvedimento non è “scientificamente vincolata”, perché la esercita sulla base delle condizioni sanitarie ed epidemiologiche, nonché «delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia» ([ivi](#) § 8.2.1 *Cons. dir.*, richiamando le sentt. [n. 268 del 2017](#) e [n. 282 del 2002](#)). Cfr. V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 5 del 2018*, in *Giur. cost.*, n. 1 del 2018, 454 e 465-469 e D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo (in nota a Corte cost., sent. n. 118/2020)*, in [Rivista AIC](#), n. 1 del 2021, 240 ss. Sulla distinzione tra vaccinoprofilassi e vaccinoterapia v. P. D'ONOFRIO, *Obbligo vaccinale e intervento delle regioni*, in [Federalismi.it](#), Osservatorio di diritto sanitario, 3 ss.

⁶⁸ Corte cost., [sent. n. 5 del 2018](#) § 8.2.1 *Cons. dir.* V. anche Corte cost., sentt. [n. 282 del 2002](#) che ha sancito che non può essere il legislatore a stabilire «direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni», posto che la pratica medica «si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione» (§ 4 *Cons. dir.*) e [n. 268 del 2017](#). V. le osservazioni di C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in [Rivista AIC](#), n. 2 del 2016; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in [BioLaw Journal](#), n. 3 del 2019, 125 ss.

⁶⁹ Da ricomprendere fra quelle che Corte cost., [sent. n. 118 del 1996](#) § 4 *Cons. dir.* ha definito «“scelte tragiche” del diritto» perché la «sofferenza e [il] benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri».

⁷⁰ In questo senso A.A. NEGRONI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni (decreto legge n. 73/2017) è questione eminentemente di diritto costituzionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 2 del 2017; L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie*, cit., 18; M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di un diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, in [BioLaw Journal](#), n. 2 del 2019, 542 ss.; G. SCARSELLI, *Note sulla obbligatorietà*

vaccinale non dovesse raggiungere la soglia fissata dalle autorità sanitarie⁷¹ e non risulti possibile procedere con una campagna di sensibilizzazione – per le note tempistiche che un’attività di tal guisa richiede –, si ritiene lecito intervenire mediante l’imposizione legislativa.

È ciò che è avvenuto con l’art. 4, primo comma, decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44⁷², che indica il vaccino come requisito essenziale per svolgere la professione sanitaria o di interesse sanitario⁷³. A fronte del dilagare dei contagi all’interno di strutture ove i ricoverati non avevano contatti, se non con il personale sanitario, e a seguito dell’elevato numero di rifiuti alla sottoposizione al vaccino da parte di alcune categorie del personale sociosanitario, il legislatore ha ritenuto necessario intervenire autoritariamente per tutelare, ad un tempo, la salute pubblica e un adeguato sistema di sicurezza nell’erogazione delle prestazioni di cura e assistenza.

La scelta di imporre l’obbligatorietà nei confronti del personale sanitario *tout court* sembra rispettare il principio di ragionevolezza⁷⁴ perché, se per eseguire un trattamento sanitario obbligatorio è necessario che lo stesso tenda a migliorare o preservare la salute di chi vi è sottoposto e della

o meno della vaccinazione anti COVID-19, in [Ambiente diritto](#) n., n. 4 del 2020, 4 ss.; scettico sull’imposizione dell’obbligo vaccinale A. MAZZITELLI, *Il ragionevole dubbio*, cit. Ritengono necessario introdurre l’obbligo vaccinale G. GEMMA, *Vaccinazioni facoltative: un esempio di irragionevolezza legislativa*, in *Quad. cost.*, n. 4 del 2015, 1017-1019 che sostiene che «se fosse negata la necessità delle vaccinazioni, sarebbero irrazionali anche la facoltatività delle stesse e la propensione a favorirne l’applicazione (sia pur con la persuasione)»; N. VETTORI, *Le decisioni in materia di salute tra precauzione e solidarietà. Il caso delle vaccinazioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 1 del 2018, 183 ss. Favorevole all’obbligo vaccinale in presenza di condizioni sanitarie pericolose per la salute pubblica G. MAESTRI, *Intervento al forum Vaccini obbligatori: le questioni aperte*, in *BioLaw Journal*, n. 2 del 2017, 40.

⁷¹ [Sent. n. 169 del 2017](#) § 8 *Cons. dir.* che riferisce ai «canoni della scienza e dell’arte medica». V. L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Pol. Dir.*, n. 4 del 1997, 592 ss. che propone un modello decisorio retto sulla collaborazione fra esigenze scientifiche e politiche, così come accolto da Corte cost., [sent. n. 282 del 2002](#); S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quad. cost.*, n. 1 del 2018, 74 ritiene sussista una «emersione ormai strutturale della ragionevolezza scientifica come autonomo parametro di costituzionalità». Mentre A. IANNUZZI, [L’obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche](#), in questa *Rivista*, 2018/I, 93 ss. sostiene che per tale via si «assegna alla scienza medica un ruolo eccessivo che finisce per determinare un’ibridazione di concetti giuridici» a causa della commistione fra scienza e diritto.

⁷² Recante *Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario*, conv., con modif., nella l. 28 maggio 2021, n. 76.

⁷³ Le ASL invitano gli interessati a produrre la documentazione che comprovi o la vaccinazione o l’esenzione per alcune categorie (indicate dal comma 2), ovvero la richiesta di vaccinazione, oppure ancora l’insussistenza dei presupposti per l’obbligo. Se l’interessato non provvede entro 5 giorni, l’ASL lo inviterà formalmente a sottoporsi al vaccino, indicando tempi e modalità (comma 5). Decorso detto termine l’ASL accerta l’inosservanza dell’obbligo e ne dà comunicazione all’interessato, all’ordine di appartenenza e al datore di lavoro, previa acquisizione di eventuali ulteriori informazioni presso le autorità sanitarie. Ciò si verifica a causa delle gravi conseguenze connesse all’atto di accertamento, posto che da questi discende la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che comportino il rischio di diffusione del virus (comma 6). A seguito dell’adozione dell’atto di accertamento da parte dell’ASL gli ordini professionali e i datori di lavoro devono adibire i dipendenti a mansioni diverse, ovvero mansioni – anche inferiori rispetto alla qualifica del dipendente interessato dall’atto di accertamento – che non implicino il contagio; qualora ciò non sia possibile, il datore di lavoro collocherà (momentaneamente) a riposo il dipendente e non sarà tenuto a corrispondere alcuna retribuzione (commi 7-11). Con una [nota del 17 giugno 2021](#) il Ministero della salute ha chiarito la natura della sospensione precisando che l’art. 4, comma 6, d.l. 44/2021 attribuisce all’Azienda sanitaria l’onere di accertare la mancata osservanza dell’obbligo vaccinale, la quale lo comunicherà all’interessato, al datore di lavoro e all’Ordine professionale; quest’ultimo dovrà prendere atto della sospensione mediante delibera da annotare nell’Albo. L’obbligatorietà è valida fino alla completa attuazione del piano nazionale vaccini (art. 1, comma 457, l. 30 dicembre 2020 n. 178) e comunque non oltre il 31 dicembre 2021. Alla data in cui si scrive (14 luglio 2021) sono già state deliberate le sospensioni del personale sociosanitario.

⁷⁴ Pare infatti non esserci spazio per l’accoglimento di una (ipotetica) questione di legittimità costituzionale Dello stesso avviso B. LIBERALI, *Vaccinazioni contro il COVID-19: obbligo e nuove forme di obiezione di coscienza?*, in *Diritti Comparati*, 15 aprile 2021, 4-5 e F. GRANDI, *L’art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o “recrudescenza” di un dovere?*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2 del 2021, 132-133.

collettività⁷⁵, coloro che non possono essere vaccinati saranno trattati alla stregua di soggetti non destinatari dell'obbligo (art. 4, commi 2 e 10, d.l. n. 44/2021).

In questo modo pare che il legislatore abbia messo in atto l'insegnamento della Corte costituzionale ([sent. n. 218 del 1994](#)) quando ha affermato che in caso di pericolo per la salute di terzi deve ritenersi incostituzionale la legge che non prevede l'obbligo del lavoratore – portatore di rischio infettivo – di sottoporsi a trattamento sanitario obbligatorio⁷⁶. La scelta di assumere l'attività professionale quale “spartiacque” per seguire la strada dell'obbligo o della raccomandazione trova fondamento nelle maglie più o meno larghe che l'ordinamento ha deciso di assumere in relazione alla libertà di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche. Considerando che il personale sanitario che non vuole sottoporsi a vaccino non vi è indotto attraverso un trattamento coattivo, ma si vedrà demansionato o messo in “congedo” momentaneo, sembra potersi ritenere che il grado di autodeterminazione nelle scelte terapeutiche sia piuttosto elevato e comunque rispettoso degli artt. 2, 13 e 32 Cost.

La previsione dell'obbligatorietà del vaccino per alcuni soggetti esercenti una professione sembra essere il “male minore” per (cercare di) arginare l'avanzata del virus e per proteggere (alcune del)le categorie più fragili. Le conseguenze che derivano dall'art. 2 d.l. n. 44/2021 si ritengono non discriminatorie – benché «neppure [... del tutto] efficaci rispetto all'obiettivo di garantire l'adempimento dell'obbligo vaccinale»⁷⁷ – dal momento che non sembra irragionevole la previsione che dalla scelta di non vaccinarsi derivi la modifica delle mansioni o il collocamento “a riposo”.

Per coloro che non svolgono una professione di interesse sanitario, invece, il legislatore⁷⁸ ha optato per la via della raccomandazione, in ossequio al principio affermato dalla Consulta ([sent. n. 5 del 2018](#)). L'organo investito del potere legislativo, oltre a prevedere disposizioni di natura finanziaria circa le risorse per l'acquisto di vaccini anti-COVID-19 (art. 1, comma 447 l. n. 178/2020), ha dato indicazioni di tipo organizzativo per attivare la campagna vaccinale⁷⁹, affidando a un provvedimento amministrativo (art. 1, comma 458) l'ordine di priorità nella somministrazione del vaccino⁸⁰, attuato dalle Regioni e dalle Province autonome. Scarso è invece il riferimento al “piano strategico” di informazione e sensibilizzazione della collettività.

La campagna vaccinale di massa pone interrogativi di ordine giuridico mai prima affrontati in relazione, specialmente, alla possibilità di imporre l'obbligo vaccinale. Anzitutto v'è da rilevare che l'obbligatorietà appare legittima nella misura in cui, in assenza di un'imposizione, si rischierebbe di non raggiungere la copertura vaccinale e quindi sorgerebbe il pericolo di un'emergenza maggiore; per contro, qualora si dovesse ottenere un'alta copertura vaccinale, sarà necessario «allenta[re] [i]l grado di coazione» del trattamento sanitario obbligatorio⁸¹ e rispandere lo spazio di libertà individuale.

Il passaggio dall'obbligo alla raccomandazione dovrebbe essere indicato da un criterio fisso, come il raggiungimento della soglia di copertura vaccinale indicata dalle autorità sanitarie; tale parametro ha precipua attenzione alla dimensione personalista del diritto alla salute, comunque strettamente

⁷⁵ Cfr. Corte cost., [sent. n. 268 del 2017](#) § 6 *Cons. dir.*

⁷⁶ «L'art. 32 della Costituzione prevede un contemperamento del coesistente diritto alla salute di ciascun individuo; implica inoltre il bilanciamento di tale diritto con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio. In tal caso le attività che, in ragione dello stato di salute di chi le svolge, rischiano di mettere in pericolo la salute dei terzi, possono essere espletate solo da chi si sottoponga agli accertamenti necessari per escludere la presenza di quelle malattie infettive o contagiose, che siano tali da porre in pericolo la salute dei destinatari delle attività stesse» (Corte cost., [sent. n. 218 del 1994](#) § 2 *Cons. dir.*).

⁷⁷ B. LIBERALI, *Vaccinazioni contro*, cit., 7.

⁷⁸ Art. 1, commi 447; 448; 449; 452; 453; 457-467; 471, l. n. 178/2020.

⁷⁹ Cfr. L. VIOLINI, *Il virus, il vaccino e il nuovo anno: centralizzazione, differenziazione e la leale collaborazione*, in *Le Regioni*, n. 5 del 2020, 1010-1013.

⁸⁰ V. il [Piano strategico per la vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19](#), decreto del Ministro della salute, 2 gennaio 2021.

⁸¹ [Sent. n. 5 del 2018](#) § 8.2.5 *Cons. dir.*

ancorato alla raccomandazione generale di aderire a un programma di politica sanitaria che tenda a realizzare il più alto tasso di immunità⁸².

Non è comunque da escludere il rischio che in caso di abbassamento della soglia di immunità collettiva una politica di obbligo vaccinale svincolata da una campagna di sensibilizzazione aumenti l'“obiezione di coscienza”⁸³ al trattamento sanitario e, quindi, il numero di persone che non si sottopongono al vaccino. In caso di imposizione, inoltre, dovrebbe essere previsto un apparato sanzionatorio idoneo sia a persuadere dall'obiezione, sia a garantire i principi di proporzionalità e ragionevolezza della legge. La previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria, ad esempio, potrebbe essere insufficiente a indurre gli scettici a guardare con favore al vaccino giacché, se troppo alta, rischierebbe di gravare eccessivamente alcune fasce sociali mentre, se troppo bassa, con ogni probabilità sarebbe irrisoria. Al tempo stesso, la previsione di misure sanzionatorie più aggressive, come il divieto di accesso ad alcuni luoghi, risulta difficilmente praticabile se in tali luoghi si svolgono altri e parimenti fondamentali diritti della persona (istruzione, lavoro, professione del culto ecc.⁸⁴).

Sono questi alcuni degli interrogativi che si pongono nel momento in cui si prova ad analizzare l'introduzione di un “lasciapassare” (*ab extra*) o una “patente” (*ab intra*) sanitaria che garantiscano la libertà di circolazione alle persone vaccinate. Permane qualche perplessità dal momento che la mancata previsione di un obbligo non può legittimare sanzioni, sia anche indirette, nei confronti di coloro che decidono di non sottoporsi a un trattamento sanitario perché se il non vaccinarsi comporta una “sanzione”, allora il vaccino è obbligatorio, se invece il vaccino vuole essere lasciato alla libertà individuale, allora non potrà essere previsto alcun pregiudizio nei confronti di chi decide di non vaccinarsi.

Benché per la “società civile” il legislatore abbia optato per una somministrazione retta dal principio della volontarietà (intesa quale autodeterminazione), si potrebbe ritenere che la tecnica della raccomandazione adottata sia quella della “raccomandazione forte”, posto che sia a livello nazionale, sia a livello sovranazionale è in vigore il c.d. *green pass*⁸⁵.

Com'è noto, con il decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52 (convertito in legge 17 giugno 2021, n. 87) il Consiglio dei ministri ha introdotto la c.d. certificazione verde Covid-19 (art. 9, primo comma, lett. a)), la quale comprova lo stato di avvenuta vaccinazione contro il virus o la guarigione dalla malattia, o l'aver eseguito un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo⁸⁶. Dalla seconda metà

⁸² Cfr. Corte cost., [sent. n. 268 del 2017](#), ma anche V. CIACCIO, *I vaccini obbligatori*, cit., 467; B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie*, cit., 129 ss.

⁸³ Per una critica all'obiezione di coscienza in tema di vaccini v. almeno F. BIONDO, *Obiezione di coscienza e vulnerabilità. Il lato oscuro dei movimenti di resistenza alle vaccinazioni obbligatorie*, in *Ragion pratica*, n. 1 del 2019, 169-183 e, recentemente, B. LIBERALI, *Vaccinazioni contro*, cit.

⁸⁴ Così Corte cost., [sent. n. 5 del 2018](#).

⁸⁵ È preferibile non utilizzare il termine “passaporto” perché tale espressione potrebbe fondare l'idea dell'obbligatorietà del vaccino, inoltre il certificato *non* produce gli effetti di un passaporto perché non assicura il diritto di circolare negli Stati Ue, posto che ogni Stato può incidere diversamente sul diritto di espatriare o far rientro nel Paese. Ciò che garantisce il certificato verde digitale è il divieto di non discriminazione da parte degli Stati fra i propri cittadini e quelli di altre Nazioni perché, in possesso della certificazione, tutti devono essere trattati nello stesso modo. Cfr. G. GRASSO, “*Certificato verde digitale*”, “*Passaporto vaccinale*” e diritto costituzionale: prime considerazioni, in [Corti supreme e salute](#), n. 1 del 2021, 1 ss.; D. MORANA, *Audizione sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione durante la pandemia di COVID-19 (certificato verde digitale) (COM(2021) 130 final)*, Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica, 8 aprile 2021, 4-5; G.M. RUOTOLO, *Per aspera ad Astra (Zeneca). Libertà di circolazione intra-UE e diritto d'accesso ai vaccini nella campagna anti COVID-19*, in [DPCE Online](#), n. 1 del 2021, XV; COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, [Passaporto, patentino, green pass nell'ambito della pandemia COVID-19: aspetti bioetici](#), 30 aprile, 4.

⁸⁶ L'obiettivo della “patente di immunità” è consentire, sin dal 26 aprile 2021, gli spostamenti anche tra le Regioni e le Province autonome in zona arancione o rossa. Le certificazioni relative alla vaccinazione e all'avvenuta guarigione hanno validità di sei mesi, mentre quella relativa al test con risultato negativo di 48 ore. Le certificazioni rilasciate negli Stati Ue sono riconosciute equivalenti, allo stesso modo saranno considerate quelle rilasciate da uno Stato terzo a seguito di una vaccinazione riconosciuta dall'Unione europea (art. 9, commi 2, 3, 4, 5 e 8 d.l. n. 52/2021).

di maggio, invece, è attivo il c.d. *green pass* per i viaggi in Italia che ricalca le misure previste dal d.l. n. 52/2021 ma riguarda gli stranieri che entreranno nel territorio della Repubblica. Questo “lasciapassare” ha anticipato le misure previste dall’Unione europea nelle due proposte di Regolamento sul c.d. certificato verde digitale⁸⁷, entrate in vigore il 1° luglio 2021 ([Reg. Ue 2021/953](#)), le quali tendono a realizzare un “sistema di fiducia” che garantisca la sicurezza sanitaria e la libertà di circolazione all’interno dell’Unione europea durante la pandemia. Si ritiene lecito l’intervento normativo sovranazionale perché introduce misure eguali per tutti gli Stati dell’area Schengen nel rispetto dei principi di sussidiarietà, non discriminazione e transitorietà, garantendo (ovvero cercando di garantire) la sicura circolazione dei cittadini europei nella stessa Unione, probabilmente senza compromettere il diritto della tutela dei dati personali del Regolamento (Ue) 2016/679 (c.d. GDPR)⁸⁸.

Tuttavia, sembra che il “pass COVID-19” (sovra)nazionale introduca un obbligo indiretto per la fruizione di taluni servizi in luoghi aperti al pubblico⁸⁹ e, al tempo stesso, sembra intenda assicurare una circolazione quanto più sicura all’interno degli Stati Schengen. È stato sostenuto che «il certificato non rappresenta un presupposto per viaggiare», piuttosto consente «di spostarsi più agevolmente»⁹⁰ perché è inidoneo a realizzare trattamenti irragionevolmente differenti fra le persone. Coloro che non vogliono o non possono vaccinarsi, infatti, potranno muoversi all’interno dell’Ue rispettando i limiti e le condizioni previste da ciascuno Stato membro (es. l’obbligatorietà di sottoporsi al test antigenico molecolare, l’obbligo di isolamento fiduciario ecc.).

Tale ragionamento non pare del tutto condivisibile. Il pass sanitario può prestare il fianco ad alcune questioni di irragionevolezza costituzionale, da un lato, perché equipara tre differenti condizioni per ricevere il documento, e se tale circostanza è stata opportuna per superare eventuali obiezioni circa la disparità di trattamento che avrebbe potuto configurarsi se il pass fosse stato riservato ai soli vaccinati, per altro verso si espone ad alcune critiche perché equipara situazioni diverse quanto a protezione e

⁸⁷ Le proposte avevano a oggetto il rilascio, la verifica e l’accettazione di certificati sanitari che attestino la vaccinazione, la guarigione o l’esito negativo di un test molecolare ([COM\(2021\) 130 final](#)) anche per i cittadini di Paesi terzi che soggiornino o risiedano regolarmente in uno Stato membro ([COM\(2021\) 140 final](#)). Il fine è uniformare i limiti alla libertà di circolazione all’interno degli Stati Ue, onde evitare un intervento disarmonico entro uno spazio giuridico, economico e sociale comune. Le bozze trovavano fondamento nella proposta del Presidente del Parlamento europeo formulata in occasione del Consiglio europeo del 25 febbraio 2021 ove ha presentato la possibilità di istituire una certificazione che permetta ai cittadini europei già vaccinati o guariti dal Covid di circolare senza restrizioni nel territorio Ue. Resta agli Stati membri l’adozione di normative nazionali compatibili con quanto previsto a livello sovranazionale.

⁸⁸ Le certificazioni sono disponibili in formato digitale e cartaceo senza oneri finanziari da parte del cittadino; le stesse sono corredate da un codice QR volto ad assicurarne l’autenticità e la sicurezza circa l’utilizzo da parte di terzi. È compito della Commissione istituire una *gateway* affinché i certificati possano essere egualmente verificati all’interno di tutti i Paesi dell’area Schengen senza discriminazioni. Le certificazioni contengono inoltre il minor numero di dati sanitari e non saranno conservate dagli Stati oltre il periodo minimo necessario per svolgere il loro scopo e comunque non oltre il periodo in cui sarà in vigore il *pass*. G. GRASSO, “*Certificato verde digitale*”, cit., 4; D. MORANA, *Audizione*, cit., 3 e A. CARMINATI, *Appunti per l’audizione informale svolta il 20 aprile 2021 davanti alla Commissione affari costituzionali del Senato, sulla Proposta di regolamento – Quadro per il rilascio, la verifica e l’accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione durante la pandemia di COVID-19 (certificato verde digitale)*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2021, 48 ritengono tale strumento compatibile con i principi costituzionali. Dubita dell’esiguità dell’impatto sul diritto alla *privacy* G.M. RUOTOLO, *Per aspera*, cit., XVI-XVII perché ricorda che ai sensi dell’art. 17, par. 3, lett. c) reg. 2016/679 non è compresa nel diritto alla cancellazione dei dati la materia sanitaria quando il relativo trattamento è necessario per motivi di interesse (sanitario) pubblico. A.R. VITALE, *Obbligo vaccinale, passaporto e patente immuno-sanitari e tutela del diritto alla salute nell’emergenza COVID-19 come problemi biogiuridici*, in [Diritto, mercato e tecnologia](#), 15 febbraio 2021, 18 ss. sottolinea i rischi di violazione del diritto della *privacy* qualora i documenti che consentono la circolazione, dunque il tracciamento degli spostamenti, dovesse avvenire in forma digitale con il rischio di tradurre l’emergenza sanitaria in un’emergenza democratica.

⁸⁹ Così anche C. BERTOLINO, “*Certificato verde Covid-19*” tra libertà ed eguaglianza, in [Federalismi.it](#), n. 15 del 2021, 4 ss.

⁹⁰ G. D’ALESSANDRO, *In tema di misure per il ripristino dell’esercizio del diritto di libera circolazione nell’UE durante la pandemia da COVID-19. Appunti per l’audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica sulle proposte di regolamento UE sul c.d. “certificato verde digitale” – 8 aprile*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2021, 5. Dello stesso avviso D. MORANA, *Audizione*, cit., 2, il certificato verde digitale non costituisce «una *condicio sine qua non* per godere della libertà di circolazione nei territori dell’Unione».

sicurezza della salute pubblica (i beni per i quali, com'è noto, si giustificano le restrizioni di alcune fondamentali libertà)⁹¹.

D'altro lato, il documento sanitario potrebbe dar luogo a una discriminazione di fatto tra coloro che hanno voluto vaccinarsi e coloro che non hanno potuto farlo o per problemi di salute o per l'età troppo giovane a causa della quale è prevista l'inoculazione (o il richiamo) in coda alla campagna vaccinale⁹². Siccome l'entrata in vigore del *green pass* è antecedente al termine della campagna vaccinale la normativa pare idonea a fondare una discriminazione irragionevole perché sono trattate in modo uguale situazioni diverse: la persona che pur potendo vaccinarsi non l'ha fatto e quella che non è ancora stata chiamata al vaccino, cui consegue l'irragionevole – pur momentaneo – impedimento nell'esercizio di taluni diritti fondamentali⁹³.

Peraltro, prendendo in esame l'altra via con cui ottenere il pass, il tampone con esito negativo, non è possibile non rilevare che la relativa validità è molto breve (48 ore) e perciò più onerosa per le persone non immunizzate. Tale circostanza può determinare una discriminazione di tipo economico perché coloro che non hanno ricevuto il vaccino, per spostarsi e per avere accesso a determinati luoghi, dovranno sostenere i costi – non certo irrilevanti – del test antigenico. A tal fine, il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) «raccomanda la gratuità dei test»⁹⁴ per coloro che hanno l'esigenza di muoversi senza aver (ancora) ricevuto il vaccino, ma non sarebbe irragionevole nemmeno prevedere che la disparità di trattamento a carico di chi non può essere immunizzato venga meno, ad esempio, attraverso «il rilascio di un *pass* con validità a lungo termine»⁹⁵. Infine, non è fatto alcun riferimento al test sierologico per conoscere di quanti anticorpi dispone una persona, dunque per rilasciare il certificato ovvero per stabilirne la durata; tale via potrebbe alleggerire l'*iter* per ottenere il pass da parte di coloro che risultano positivi.

Sembra quindi legittimo sospettare che il certificato verde digitale produrrà una distinzione fra “categorie” di persone, cui conseguirà un bilanciamento fra diritti di libertà e tutela della salute (pubblica) sfavorevole per coloro che non godono del pass. Queste persone si vedranno irragionevolmente gravate da sacrifici che dovranno dirsi sproporzionati rispetto alla propria non “colpevolezza” per non aver potuto ricevere o per non aver ancora ricevuto il vaccino, anche in considerazione del fatto che il rischio di discriminazione per i non vaccinati non sembra possa essere fugato dal conseguimento del pass previo tampone negativo siccome tale via, oltre ad essere onerosa, ha una validità estremamente limitata⁹⁶.

3. ...e il dovere di solidarietà sociale.

Nonostante l'immenso disagio sanitario, economico, sociale e, per vero, anche giuridico che la pandemia (ha) comporta(to), sembra potersi ammettere che la società ha dato buona prova del principio di «solidarietà doverosa o fraterna»⁹⁷ sottoponendosi spontaneamente alla vaccinazione anti-COVID-19. Il “circuito virtuoso dei doveri”, infatti, gravando su *tutti*, ha rafforzato la portata aggregativa delle posizioni giuridiche attive in quanto espressione dell'appartenenza alla comunità⁹⁸.

La coesione sociale, com'è noto, si manifesta maggiormente quando una comunità è «minacciata da un “nemico” che attenta alla sua unità o alla sua stessa esistenza, ovvero che non consente alla vita

⁹¹ V. A. CARMINATI, *Appunti*, cit., 45.

⁹² Ragione per cui C. BERTOLINO, “*Certificato verde Covid-19*”, cit., 9 propone di concentrarsi non sull'introduzione dell'obbligo ma sulla disponibilità del vaccino in quanto diritto a vaccinarsi.

⁹³ *Ivi*, 5 sostiene che il certificato verde avrebbe dovuto entrare in vigore solo al termine della campagna vaccinale.

⁹⁴ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Passaporto*, cit., 4 e 6.

⁹⁵ A. CARMINATI, *Appunti*, cit., 46.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, n. 1 del 1996, 10-14.

⁹⁸ Cfr. A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012, 143.

insieme di procedere normalmente»⁹⁹; se il principio di solidarietà sociale non si fosse manifestato (e se non si dovesse manifestare, in futuro), sarebbe stato necessario abbandonare la strada della “*moral suasion*” e procedere con l’imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio¹⁰⁰.

Il criterio che sta alla base del necessario bilanciamento fra diritto del singolo e interesse della collettività è da ravvisare nel principio solidarista, posto che ciascuno può veder limitata la propria libertà di autodeterminazione per un benessere della collettività in virtù della norma di reciprocità tale per cui al godimento dei diritti corrisponde l’adempimento dei doveri di solidarietà *anche* sociale¹⁰¹.

In particolare, il diritto alla salute del singolo, anche considerato nella forma della libertà negativa (diritto a non curarsi), è soggetto a restrizioni imposte dallo Stato quando l’esercizio di quel diritto pregiudica (o rischia di pregiudicare) il diritto della collettività nella forma della tutela della salute. Tanto è vero che se le decisioni politico-sanitarie interessano direttamente la sfera giuridica dei cittadini non può porsi in secondo piano la tutela e «il rispetto» dei consociati nella salvaguardia dell’«aspetto relazionale della dignità»¹⁰² (sociale)¹⁰³, non solo perché nessun diritto può essere “tiranno”¹⁰⁴, ma anche perché è nella dimensione sociale che «s’insedia la solidarietà come fondamento di legami che implicano il riconoscimento e l’accettazione dell’altro»¹⁰⁵.

I diritti, invero, assurgono a mezzo per affermare la democrazia e la civile convivenza solo se sono bilanciati con i doveri inderogabili¹⁰⁶ in quanto valori che assicurano la “civiltà” della Repubblica perché garantiscono, ad un tempo, lo sviluppo della personalità e la partecipazione alla vita del Paese. Porre l’accento sui doveri di solidarietà e accantonare, qualche volta, il tema dei diritti¹⁰⁷, equivale a concentrare l’attenzione «sull’onere che essi impongono al singolo o alla società» per il progresso dell’intera comunità, ma significa altresì smentire quelle idee talvolta riduttive «che guardano ai diritti come a situazioni che si auto-espandono senza che nessuno ne paghi costi e conseguenze»¹⁰⁸.

⁹⁹ F. GRANDI, *L’art. 32*, cit., 123. V. anche ID., *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014.

¹⁰⁰ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, [I vaccini e COVID-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione](#), 27 novembre 2020, 3 e 9-13 si è espresso in questi termini.

¹⁰¹ Perché «i nostri doveri corrispondono ai diritti degli altri» (A. D’ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, in *Jus*, n. 1 del 2008, 193) e perciò «chi riceve dei diritti de[ve] essere disposto a contraccambiare con l’adempimento di doveri» (A. APOSTOLI, *La svalutazione*, cit., 53); peraltro, senza una sorta di autonomia concettuale dei [doveri] risulta alquanto problematico ricostruire uno statuto giuridico dei [diritti]» (*ivi*, 35). V. anche Corte cost., [sent. n. 77 del 1983](#); S. CURRERI, *Intervento al forum*, cit., 30-31 e *ivi* P. FALZEA, 46-47; F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (curr.), *I doveri costituzionali*, cit., 23. Più rigida N. VETTORI, *Le decisioni*, cit., 197 ad avviso della quale «dall’impianto costituzionale, si ricava che se una determinata misura sanitaria è *necessaria* per assicurare la tutela della salute individuale e collettiva [...], è *responsabilità* delle istituzioni pubbliche garantirne l’effettività, se occorre anche in forma autoritativa».

¹⁰² S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013, 31.

¹⁰³ Com’è noto, «la stretta connessione esistente fra gli articoli 2 e 3 della Costituzione evidenzia un ulteriore aspetto della “pari dignità”: l’essere un ponte fra i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. L’azione di contrasto agli ostacoli che impediscono la concretezza e l’effettività della pari dignità sociale tra tutti gli individui, si realizza solo mobilitando il valore costituzionale, altrettanto essenziale, della solidarietà», così A. APOSTOLI, *La svalutazione*, cit., 148. V. anche ID., *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell’ordinamento costituzionale*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 3 del 2019, 1 ss.

¹⁰⁴ Nella formula di Corte cost., [sent. n. 85 del 2013](#) § 9 *Cons. dir.*

¹⁰⁵ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 102.

¹⁰⁶ Qualificati inderogabili perché «al loro adempimento è affidato l’armonico svolgersi della vita comunitaria secondo una legge di solidarietà» (C. MORTATI, *La persona, lo Stato, le comunità intermedie*, Torino, 1959, 69). In particolare, «le situazioni di diritto e di dovere di cui all’art. 2 postulano la persona umana [...], le une per garantirne la sfera di privata autonomia, le altre per comprimerla e circoscriverla, in funzione dei superiori interessi della collettività» (G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 13).

¹⁰⁷ V. almeno G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, XIII; L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, XIII-XIV; E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?* in F. Marone (cur.), *La doverosità*, cit., 9 ss.

¹⁰⁸ L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (curr.), *I doveri costituzionali*, cit., 525.

Com'è noto, il principio espresso dall'art. 2 Cost. definisce le fondamenta dell'ordinamento repubblicano¹⁰⁹ «prefigurando un assetto di rapporti» volti ad assicurare un sistema di libertà mediante l'assunzione, in forma individuale e collettiva, di precise responsabilità di natura anche sociale. I diritti inviolabili sono effettivamente garantiti e tutelati solo se sussiste un'organizzazione in cui ciascuno si impegna a costruire il bene comune adempiendo ai doveri verso l'altro¹¹⁰, nonché «nei confronti delle articolazioni istituzionali della comunità»¹¹¹. Diritti e doveri occupano una dimensione (inevitabilmente) comune e solo nella congiunta realizzazione delle due anime delle posizioni, private e pubbliche che possono interessare le persone, acquistano la più significativa accezione per lo sviluppo della comunità¹¹².

La Repubblica, attraverso l'art. 2 Cost., ha «scelto di elevare a suo principio caratterizzante» quello di solidarietà tra i membri della società¹¹³, sì da assicurare, anche in assenza di un intervento positivo statale, i diritti fondamentali dell'intera comunità. I due «corni» dell'art. 2 Cost. ben si riscontrano nell'articolo 32, specialmente nella parte in cui prevede la sottoposizione di taluno a un trattamento sanitario obbligatorio.

La natura sociale della persona, ovvero la circostanza della convivenza sociale¹¹⁴, «sembra possedere un potenziale normativo»¹¹⁵ che trova fondamento nella solidarietà, in quanto regola che disciplina la civile convivenza che prescrive di assumere condotte coerenti con la partecipazione alla vita comune, retta da alcuni condivisi principi. L'appartenenza a un gruppo fa sorgere precisi doveri sociali, fra cui può essere annoverato quello di sottoporsi spontaneamente al vaccino nel caso in cui si dovessero verificare situazioni epidemiologiche particolarmente critiche che possono compromettere la salute pubblica.

La previsione del dovere di solidarietà sociale, per come indicata dal secondo articolo della Carta del '47, non sembra esaurirsi nella soggezione del cittadino ai doveri pubblici soggettivi indicati dalla Costituzione¹¹⁶; se così fosse, il costituzionalismo democratico-sociale non avrebbe introdotto alcuna differenza nella relazione fra autorità e libertà all'interno dell'organizzazione statale. Al contrario, i

¹⁰⁹ Come ha sostenuto S. GALEOTTI, *Il valore*, cit., 6 il principio di solidarietà, inscritto in una Costituzione rigida come quella italiana, non indica semplicemente uno dei valori «sovraordinati al, e insopprimibili dal legislatore ordinario», ma indica un dato di assoluta novità e cioè che tale valore «deve essere riconosciuto come principio *fondante della nostra convivenza di Stato democratico*, poiché fa tutt'uno col principio personalista, essendo a questo inscindibilmente legato». Analogamente F. GIUFFRÈ, *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2019, 556 afferma che la solidarietà «proietta i suoi contenuti» nei diversi ambiti della vita politicamente, economicamente e socialmente organizzata a tal punto da intersecarsi con «le radici del diritto pubblico, a partire dai classici elementi costitutivi dello Stato».

¹¹⁰ «Tale comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza», così Corte cost., [sent. n. 172 del 1999](#) § 2.3 *Cons. dir.*

¹¹¹ F. GIUFFRÈ, *I doveri*, cit., 24. V. anche G. GEMMA, *Prospettive di una sistematica e valorizzazione dei doveri costituzionali*, in F. Dal Canto, E. Rossi (curr.), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, 2011, 265 ss.; G. BASCHERINI, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Dir. pubbl.*, n. 2 del 2018, 256 ss.

¹¹² *Contra* L. D'ANDREA, *Il dovere di cura*, cit., 60 ove sostiene che, benché l'anima personalista sia molto forte nella Costituzione repubblicana, non è comunque possibile sostenere che diritti e doveri sono «talmente intrecciati da risultare inscindibili».

¹¹³ G. BARONE, *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6 del 2004, 1244.

¹¹⁴ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 238 ss.

¹¹⁵ F. GIUFFRÈ, *I doveri*, cit., 40.

¹¹⁶ Ovvero alla difesa della Patria (art. 52, primo comma, Cost.), alla prestazione del servizio militare (art. 52, secondo comma, Cost.), alla contribuzione tributaria (art. 53 Cost.), alla fedeltà alla Repubblica e all'osservanza della Costituzione e delle leggi (art. 54, primo comma, Cost.), all'adempimento delle pubbliche funzioni con disciplina e onore (art. 54, secondo comma, Cost.), all'istruzione (art. 34, secondo comma, Cost.) e al lavoro (art. 4, secondo comma, Cost.). Di questo avviso M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 1963, 56 ss.; G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., 29 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 68 ss.

poteri repubblicani sono pienamente consapevoli della posizione prettamente sociale della persona, la quale forma la propria personalità all'interno della società, là dove talvolta è indotta a restringere l'ampiezza del proprio diritto per permettere ad altri di goderne altrettanti. La funzione del principio di solidarietà prevede dunque *spontanee* situazioni giuridiche passive che consentono ai cittadini di mantenere «il libero e personale controllo dell'esercizio dei propri diritti di fronte a quello delle altre persone»¹¹⁷.

La Repubblica è altresì consapevole che solo all'interno di una dimensione sociale, là dove l'uomo vive in relazione con gli altri uomini, la persona è in grado di partecipare *effettivamente* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese¹¹⁸. Il principio di solidarietà, indagato alla luce degli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost., oltre a rafforzare la coesione sociale dei cittadini, è emblema di «un'eccedenza deontologica o assiologica»¹¹⁹ che attribuisce al dovere di solidarietà sociale un valore giuridico autonomo rispetto alle dimensioni già positivizzate in Costituzione.

Peraltro, a partire dalla tesi che individua nell'art. 2 Cost. un catalogo aperto di diritti¹²⁰ sembra possibile ritenere che anche il catalogo dei doveri sia a “fattispecie aperta”, ovvero che sia idoneo a includere quelli che via via emergono nella società¹²¹. Siccome talvolta l'interpretazione giurisprudenziale e/o dottrinarica giunge a individuare “nuovi diritti”, ne deriva che dalla «connessione esistente tra prima e seconda parte dell'art. 2 [...] potrebbero conseguire “nuovi doveri” ovvero ulteriori “obblighi”», purché «ispirati da finalità legittime di solidarietà» e perciò rientranti nell'alveo dell'art. 2 Cost.¹²².

I doveri inderogabili, essendo ancorati all'uomo *uti socius*¹²³, sono finalizzati a garantire – nel senso di salvaguardare – e promuovere lo sviluppo della comunità, circostanza che radica una sorta di “dovere interiore” perché tutti beneficino del diritto – nel caso di specie la tutela della (propria) salute – se tutti, doverosamente, vi contribuiscono – sopportando la vaccinazione in quanto mezzo idoneo a tutelare la salute della collettività¹²⁴. Ne consegue l'innalzamento del livello di salute collettiva grazie alla (spontanea) sottoposizione al vaccino, che si ripercuote positivamente anche sul livello di salute individuale (ciascuno può beneficiare del raggiungimento dell'immunità di gregge). Inoltre, la vaccinazione della grande maggioranza della popolazione finisce col proteggere sia coloro che non *possono* riceverlo per questioni di salute, sia coloro che non *vogliono* riceverlo (gli scettici)¹²⁵. Ogni diritto sociale ha una natura relazionale che implica un (soggetto) erogatore e un

¹¹⁷ L. ARCIDIACONO, A. CARULLO, G. RIZZA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Bologna, 1997, 256.

¹¹⁸ V. almeno C. MORTATI, *La persona*, cit., 8ss.; G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 365 ss.; F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, 209 ss.; F. GIUFFRÈ, *I doveri*, cit., 41 ss. definisce le disposizioni sui doveri costituzionali come «norme promozionali o pedagogiche»; L. VIOLANTE, *Il dovere*, cit., 70-75.

¹¹⁹ F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1991, 3.

¹²⁰ Per tutti, A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975.

¹²¹ Così anche A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 56-57; E. ROSSI, *Art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 55-56.

¹²² A. APOSTOLI, *La svalutazione*, cit., 31-32.

¹²³ Corte cost., sentt. [n. 75 del 1992](#) § 2 *Cons. dir.* e [n. 500 del 1993](#) § 5 *Cons. dir.*; A. CERRI, *Doveri pubblici*, in *Enc. Giur.*, XII, Torino, 1989, 1; S. GALEOTTI, *Il valore*, cit., 5.

¹²⁴ Cfr. L. D'ANDREA, *Il dovere di cura*, cit., 72. Invero, «l'assetto assiologico delle norme costituzionali» rappresenta «il fondamento» delle diverse situazioni giuridiche soggettive e non a caso il valore della solidarietà, «ratio dell'intera categoria dei doveri costituzionali», non si esaurisce nel concetto espresso dall'art. 2 Cost. (A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1 del 2016, 9).

¹²⁵ In questo modo, tra la collettività e suoi membri si instaura una relazione di tipo solidale, atteso che «le vicende delle singole persone» non possono che essere valutate «anche sotto una prospettiva “integrale”, vale a dire riferita all'intera comunità» (Corte cost., [sent. n. 107 del 2012](#) § 4 *Cons. dir.*; v. ma anche anche Corte cost., [sent. n. 268 del 2017](#) e [n. 118 del 2020](#)). Invero, i vaccini esprimono un «elevato valore sociale» perché proteggono «la persona vaccinata» e «riducono il rischio di contagio a carico della restante popolazione», COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, [Le vaccinazioni](#), 22 settembre 1995, 8. Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti Covid-19*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2021, 202 ricordano che «la solidarietà si abbina ad una situazione di bisogno» dalla quale deriva «una azione di sostegno» nei confronti di coloro che si trovano in difficoltà perché «il peso di tale svantaggio» è conseguentemente «condiviso da tutti».

beneficiario e talvolta «la presenza di altri beneficiari» rappresenta «un valore aggiunto» o anche «una condizione indispensabile per una soddisfacente fruizione del bene»¹²⁶. In tema di salute si nota come il diritto di ricevere le cure (il vaccino) si arricchisce solo se la grande maggioranza della popolazione decide di curarsi, attivando la componente deontica del bene costituzionale salute.

Un diritto così costruito non può prescindere dall'intervento della generalità dei consociati. È questa la ragione che mi induce a ritenere che nei confronti degli scettici l'espressione della solidarietà fraterna è massima: il soggetto che riceve l'inoculazione corre il rischio di un eventuale effetto collaterale anche per tutelare chi non si preoccupa di affrontare il rischio medesimo¹²⁷. Ne consegue l'elemento più classico della solidarietà in tema di trattamenti sanitari, ossia la collettività che si fa carico dell'indennizzo di coloro che hanno subito effetti collaterali ed irreversibili dall'inoculazione¹²⁸. La solidarietà quale principio costituzionale supremo, invero, ha riguardo (anche) a tutti quei comportamenti che la persona realizza per assicurare l'«interesse alieno» della collettività che travalica gli «obblighi posti dall'ordinamento» per fondarsi sul «vincolo di doverosità» sociale¹²⁹. In questo assetto ordinamentale la formulazione dei diritti delle persone innalza «la solidarietà di fondo tra noi e gli altri»¹³⁰ a principio giuridico supremo qualificante l'ordinamento repubblicano e sottolinea altresì la «funzione promozionale» del diritto¹³¹.

A seguito di un'efficace campagna persuasiva – o anche detta “di spinta gentile”¹³² – è stato possibile ipotizzare che la grande maggioranza della popolazione avrebbe guardato con favore ai vaccini, facendo venir meno *ab origine* la necessità di una imposizione¹³³ e, anzi, fondando nella collettività l'idea che in virtù del «patto di solidarietà»¹³⁴ (art. 2 Cost.) esiste un obbligo, potremmo dire, “morale”, a sottoporsi al trattamento sanitario per il bene proprio e della comunità.

La Carta costituzionale contiene com'è noto un nucleo formidabile di principi e valori giuridici che sono in grado di dispiegare i propri effetti anche a prescindere dalla relativa positivizzazione in una norma statale. Dando per acquisiti i numerosi episodi di “solidarietà spontanea orizzontale” che la vicenda pandemica ha portato all'attenzione anche mediatica, è stato possibile ritenere che l'art. 2 Cost. sarebbe stato in grado di dar buona prova di sé bensì in ambito sanitario. Ciò posto, a causa dell'elevata vischiosità del terreno sul quale ci si muove ed essendo difficile individuare decisioni “pubbliche” e “private” in tema di (sottoposizione all') obbligo vaccinale, il Giudice costituzionale ha avuto modo di affermare che tanto i decisori pubblici, quanto i singoli membri della comunità, vaccinandosi, finiscono con il realizzare «un interesse obiettivo – quello della più ampia immunizzazione dal rischio di contrarre la malattia – indipendentemente da una loro specifica volontà di collaborare». Raggiunto l'obiettivo dell'immunità di gregge, per l'ordinamento costituito è «irrilevante, o indifferente, che l'effetto cooperativo» sia ricondotto, «dal lato attivo, a un obbligo o, piuttosto, a una persuasione o anche, dal lato passivo, all'intento di evitare una sanzione o, piuttosto,

¹²⁶ A. MORELLI, *Il carattere*, cit., 6.

¹²⁷ «Il singolo non si priva di alcunché» piuttosto «con una sorta di donazione concede alla comunità un qualcosa che tende [...] ad esaltare la sua libertà di individuo», G.M. BRAVO, *Anarchismo* (voce), in N. BOBBIO, N. Matteucci, G. Pasquino (curr.), *Dizionario di politica*, Torino, 2014, 13.

¹²⁸ Così Corte cost. sentt. [n. 27 del 1998](#); [n. 423 del 2000](#); [n. 107 del 2012](#) e [n. 268 del 2017](#) e, *ex multis*, M. TOMASI, *Vaccini e salute*, cit.; M. PLUTINO, *Le vaccinazioni*, cit.; B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie* cit.; L. SCAFFARDI, G. FORMICI, *Vaccini obbligatori*, cit.; Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *Solidarietà, doveri*, cit., 218.

¹²⁹ E. ROSSI, *Art. 2*, cit., 57. La solidarietà è infatti «la più diretta realizzazione» del vincolo di socialità in virtù del quale «la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione» (Corte cost., sent. [n. 75 del 1992](#) § 2 *Cons. dir.*) dello sviluppo della personalità e della partecipazione alla vita del Paese (v. Corte cost., [sent. n. 268 del 2017](#)).

¹³⁰ G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, 47.

¹³¹ V. per tutti N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1313 ss.

¹³² «Interventi volti a modificare i comportamenti individuali senza imporre alcuna opzione e senza modificare significativamente il sistema degli incentivi», L. RAMPA, *Autodeterminazione e coercizione*, cit. 943. Cfr. anche C. SUSTAIN, R. THALER, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, Yale, 2008; L. SCAFFARDI, G. FORMICI, *Vaccini obbligatori diritto*, cit., 380 ss.

¹³³ Cfr. Corte cost., [sent. n. 107 del 2012](#) § 4 *Cons. dir.*

¹³⁴ Corte cost., [sent. n. 268 del 2017](#) § 5 *Cons. dir.*

di aderire a un invito»¹³⁵ perché ad assumere rilievo è la dimensione «proattiva-solidaristica»¹³⁶ dell'azione individuale.

Considerando che l'organo di garanzia costituzionale ammette che in tema di sanità pubblica il «fine giustifica i mezzi», probabilmente la sola soluzione praticabile è analoga a quelle che si sono realizzate spontaneamente, ovvero che nell'eventualità in cui si dovesse ricorrere alla predisposizione dell'obbligatorietà si proceda con misure temporanee e perciò limitatamente invasive.

Al tempo stesso, affinché la persuasione riesca a garantire l'immunità di gregge, appare necessario che la Repubblica attivi capillari e costanti campagne di informazione e sensibilizzazione¹³⁷ idonee a sradicare le «manifestazioni di oscurantismo sanitario»¹³⁸ che tendono ad affermarsi nella popolazione con rapidità e veemenza sempre maggiore. Invero, per evitare atteggiamenti dissenzienti, sembra essenziale mantenere alta l'attenzione sull'opera di persuasione e di contrasto ai fenomeni di *fake news* che con i *social network* possono diffondersi in tempi celeri, anche a causa della difficoltà di dover fornire spiegazioni puntuali «a un'opinione pubblica ormai nevrotizzata da veleni mediatici»¹³⁹ e sempre più scettica verso la classe politica e decisionale.

Nel corso del XXI Secolo, com'è noto, le trasmissioni televisive e i *social network* sono in grado di influenzare gli utenti in misura nettamente maggiore rispetto a quanto è in grado di persuadere l'intero sistema educativo. Il progresso nell'uso dei mezzi di comunicazione di massa è riuscito a renderli «uno strumento capace di consentire l'esercizio di un potere d'influenza sugli ascoltatori»¹⁴⁰ attraverso cui orientare le convinzioni politiche e finanche influire sul modo di pensare, sulla formazione culturale *tout court*. Tali mezzi, complice la «tirannia dell'*audience*»¹⁴¹, hanno perso quella finalità educativa che avevano in passato arrivando a influenzare gli ascoltatori con conseguenze nefaste sulla formazione culturale e sul *modus cogitandi* della popolazione¹⁴².

L'informazione e l'educazione della popolazione, accanto alla valorizzazione del principio di solidarietà sociale, sono state e sembrano anche per il futuro le sole alternative immaginabili all'imposizione dell'obbligo. La corretta informazione sull'importanza della profilassi vaccinale e sull'esigua percentuale di rischio a seguito di sottoposizione al vaccino pare la sola via praticabile per ottenere un consenso maturo – perché informato – e ampio, perciò duraturo. Tale meccanismo non è tuttavia auto-applicativo, ma necessita della collaborazione fra Stato e Regioni, oltre che l'intervento attivo della comunità scientifica e dei mezzi di comunicazione di massa.

L'attività di bilanciamento fra i differenti interessi in gioco, visto l'elevato tasso di discrezionalità politica, compete com'è noto al legislatore, tuttavia la discrezionalità non è illimitata e libera nei fini perché deve rispondere a principi e regole predeterminati dalla Costituzione. In materia sanitaria e, in particolare, in tema di sottoposizione obbligatoria a taluni trattamenti sanitari, il legislatore deve

¹³⁵ Corte cost., [sent. n. 107 del 2012](#) § 4 *Cons. dir.*

¹³⁶ A. APOSTOLI, *Il primato della persona nel costituzionalismo europeo*, in A. Saccoccio, S. Cacace (curr.), *Europa e America latina due continenti, un solo diritto*, I, Torino, 2020, 100.

¹³⁷ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Passaporto*, cit., 6 peraltro evidenzia come «da un punto di vista psicologico, data l'impossibilità di eliminare del tutto il rischio di contagio, il possesso del "Pass Covid-19" [...] potrebbe generare un falso senso di sicurezza, conducendo a comportamenti tali da mettere a rischio la salute propria e delle persone con cui si viene a contatto».

¹³⁸ D. MORANA, *Obblighi e raccomandazioni*, cit., 244.

¹³⁹ C. PINELLI, *L'obbligo di vaccinazione fra Stato e Regioni*, in [Diritto e salute](#), n. 2 del 2018, 33.

¹⁴⁰ A. PIZZORUSSO, *Diritto della cultura e principi costituzionali*, in *Quad. cost.*, n. 2 del 2000, 324.

¹⁴¹ *Ivi*, 325. Indotta, com'è noto, dalla finalità economica che assolvono ormai le reti radiofoniche e televisive – non meno degli inserti pubblicitari nei *social network* – e che inducono i produttori a promuovere programmi che interessino e condizionino gli spettatori.

¹⁴² Per giustificare il circolo vizioso tendente al ribasso in cui il sistema radiotelevisivo è caduto si tende a sostenere che siccome il livello culturale dell'utente medio è tendenzialmente basso, allora anche il livello culturale delle trasmissioni deve adeguarsi, come a dire che non grava le aziende radiotelevisive il compito di operare per il progresso culturale dei propri utenti, come se non fosse compito dei pubblici poteri controllare almeno alcune delle aziende radiotelevisive. Cfr. L. CARLASSARE, *Cultura e televisione: i principi costituzionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, I, Modena, 1996, 389 ss.

fondare le proprie decisioni sugli aggiornamenti delle conoscenze scientifiche così come forniti dai competenti organismi sia nazionali, sia sovra e internazionali¹⁴³.

Il contemperamento fra esigenze e interessi contrapposti è indiscutibilmente complicato, ma quanto mai necessario per mantenere quel sistema di *checks and balances* che permea la tensostruttura costituzionale. Il diritto (costituzionale), com'è noto, «*est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata societatem servat, corrupta, corrumpit*»¹⁴⁴. Se così non fosse, infatti, correremmo il rischio di veder “affondare” una parte del Testo costituzionale, giacché si attribuirebbe preminenza assoluta ad alcuni principi non ragionevolmente bilanciati con il significato di fondo – tratto da una lettura d’insieme – della Carta costituzionale.

¹⁴³ Così Corte cost., sentt. [n. 282 del 2002](#) e [n. 5 del 2018](#), nonché [n. 258 del 1994](#) a proposito della discrezionalità del legislatore in tema di bilanciamento del diritto alla salute del singolo e della collettività.

¹⁴⁴ D. ALIGHIERI, *De Monarchia*, II, 5, 1, ora in ID., *Opere*, III, Milano, 2012.

Marina Roma
La Consulta sulla c.d. proroga tecnica
per gli operatori del gioco lecito nella Legge di Bilancio 2018
*Lo scrutinio “a maglie larghe” della Corte nella sentenza 49/2021, tra esigenze di finanza pubblica e libertà di iniziativa economica**

ABSTRACT: *The essay aims at offering some preliminary comments on decision of the Italian Constitutional Court no. 49/2021, regarding the alleged constitutional illegitimacy of certain provisions of the Budget Law for the financial year 2018 (i.e. Law No. 205/2017) addressed to gaming operators. After a brief summary of the decision, the author makes a critical comparison between the motivation of the Constitutional Court and the European Court of Justice's consolidated case-law on such matter.*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Inquadramento del tema – 3. Il sindacato ‘a maglie larghe’ della Consulta... – 4. ...e il rischio di tensioni con il diritto dell’Unione europea – 5. Qualche considerazione conclusiva

1. Premessa

Disposizioni per gli operatori dei giochi d’azzardo sono ormai una costante tra i commi delle leggi di bilancio. Il settore del cd. *gaming* è, infatti, notoriamente fonte di cospicue entrate per le casse pubbliche¹.

Anche il caso all’esame della Corte – che, qui, ci si accinge a commentare – origina proprio da una disposizione della Legge di Bilancio 2018, nello specifico l’art. 1, comma 1047, lettere a) e b) della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020), a sua volta, modificativo dell’art. 1, comma 636, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di Stabilità 2014).

In tal sede si è previsto, da una parte, il differimento, al 30 settembre 2018 del termine entro il quale l’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (“ADM”) avrebbe dovuto procedere alla gara per la riattribuzione delle concessioni del gioco del bingo, dall’altra, l’aumento degli importi dovuti dai concessionari, operanti in regime di proroga tecnica a Euro 7.500 per ogni mese o frazione di mese superiore ai quindici giorni, e a euro 3.500 per ogni frazione di mese inferiore ai quindici giorni.

I giudizi *a quibus* – tutt’ora pendenti innanzi al T.A.R. del Lazio – hanno ad oggetto l’impugnazione da parte di una serie gestori di sale bingo, in forza di concessioni scadute, in regime di c.d. proroga tecnica, della nota dell’ADM dell’8 gennaio 2018, con cui era stata data applicazione alla suddetta norma.

La Consulta è, dunque, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della disposizione, da una parte, con gli articoli 3 e 41 della Costituzione, dall’altra, con gli articoli 11 e 117, questi ultimi in relazione agli articoli 16, 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

2. Inquadramento del tema

Prima di occuparsi della pronuncia oggetto della presente nota, occorre dedicare qualche breve cenno al regime giuridico dei cd. giochi leciti nell’ordinamento italiano, cercando di fornirne (per quanto possibile) un inquadramento anche alla luce del contesto costituzionale.

Come noto, la disciplina di riferimento è piuttosto risalente, ritrovandosi nel d.lgs. 14 aprile 1948,

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Può, qui, aversi riguardo – per cogliere la portata del fenomeno – allo studio condotto in seno alla CAMERA DEI DEPUTATI [La disciplina fiscale dei giochi](#) (Focus del 15 febbraio 2021). In dottrina, da ultimo, A. MARCHESELLI E L. COSTANZO, *L'imposizione sulla “fortuna” tra fisco etico e “tributo giusto”*. In particolare, *l'imposizione sul gioco d'azzardo*, in *Giocchi e scommesse sotto la lente del giurista* (a cura di P. Costanzo), Genova, 2021.

n. 496, che – già all'art. 1 – riserva «*l'organizzazione e l'esercizio di giuochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro*» allo Stato, che – per il tramite del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli – può scegliere di affidarne la gestione (in base a quanto previsto dalla legislazione settoriale applicabile al gioco in rilievo) ad uno o più concessionari, in possesso della licenza prevista dall'art. 88 del T.U.L.P.S. e che abbiano presentato la relativa segnalazione certificata di inizio attività².

Tale doppio binario di controlli è preordinato al soddisfacimento di interessi diversi: mentre l'autorizzazione di polizia mira ad evitare dei fenomeni di criminalità spesso volte legati al mondo delle scommesse, la S.C.I.A. consente la verifica dei requisiti necessari all'esercizio dell'attività³. La disciplina è stata giudicata conforme ai principi dell'Unione europea, per cui le disposizioni dei Trattati «*non ostano a una normativa nazionale che imponga alle società interessate a esercitare attività collegate ai giochi d'azzardo l'obbligo di ottenere un'autorizzazione di polizia, in aggiunta a una concessione rilasciata dallo Stato al fine di esercitare simili attività, e che limiti il rilascio di una siffatta autorizzazione segnatamente ai richiedenti che già sono in possesso di una simile concessione*»⁴.

In ogni caso, chiunque «*esercit[i, n.d.a.] abusivamente l'organizzazione del giuoco del lotto o di scommesse o di concorsi pronostici che la legge riserva allo Stato o ad altro ente concessionario*» è punito – ai sensi dell'art. 4, della L. 13 dicembre 1989, n. 401 – con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La dottrina non è unanime nell'individuazione del fondamento costituzionale del regime appena descritto.

Secondo parte minoritaria, l'attività di gestione dei giochi dovrebbe ricondursi allo schema del “servizio pubblico”. Per tal via, tale regime potrebbe agevolmente ritrovare il proprio fondamento nell'art. 43 della Costituzione, per cui «*la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato [...] determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali*»⁵.

Più convincente è la ricostruzione in base allo schema di cui all'art. 41 Cost. Se la legge può determinare «*i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*», così la riserva pubblica in materia di

² Si fa riferimento alla licenza che l'art. 88 T.U.L.P.S. riserva «*esclusivamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di Ministeri o di altri enti ai quali la legge riserva la facoltà di organizzazione e gestione delle scommesse*». Sull'ordinamento dei giochi in Italia, si vedano M. MACCHIA, *L'organizzazione dell'amministrazione dei giochi*, in A. Battaglia – B. G. Mattarella (a cura di), *Le regole dei giochi*, 2014, Napoli, 103-146, F. MATALUNI, *La disciplina italiana in materia di giochi e scommesse*, in G. Fidone, A. Linguisti (a cura di), *La disciplina dei giochi in Italia tra monopolio pubblico e mercato*, Milano, 2013; G. SIRIANNI, *Il gioco pubblico dal monopolio fiscale alla regolamentazione, nella crisi dello Stato sociale*, in *Dir. pubbl.*, 3/2012, 801 ss.

³ Sul punto, si rinvia *ex multis* a Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 giugno 2017, n. 2956.

⁴ Così Corte di Giustizia dell'Unione europea, Terza Sezione, sentenza 12 settembre 2013, *Daniele Biasci e altri contro Ministero dell'Interno e Questura di Livorno (C-660/11)* e *Cristian Rainone e altri contro Ministero dell'Interno e altri*, causa C-8/12, p.to 29.

⁵ Tale ricostruzione è senz'altro prevalente nella giurisprudenza amministrativa, ma anche nella giurisprudenza costituzionale, che ha ricondotto tali rapporti a quelli «*di concessione di servizio pubblico punto*» (cfr. [sent. n. 56/2015](#)). Alla luce della dottrina in materia di servizi pubblici, l'elaborazione poc'anzi descritta appare, tuttavia, del tutto appiattita su una nozione delineata in senso puramente soggettivo, per cui qualsiasi prestazione di servizi da parte delle pubbliche autorità diverrebbe servizio pubblico. Per un inquadramento del tema, si rinvia per tutti alla ricostruzione di cui alla Parte Prima di L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, 11 e ss. e alla dottrina ivi citata. La letteratura sul punto è immensa, si vedano (senza pretese di completezza ed in ordine alfabetico) S. CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1960, 1332 e ss.; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, 362 e ss.; A. DI MAJO, *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1977, 333 ss. L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., 175 e ss.; U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; D. SORACE, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, in *Econ. Pubbl.*, 1993, 13 e ss. e ID. *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in AA.VV., *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, 1141 e ss.

organizzazione del gioco lecito può essere giustificata alla luce della necessità, da una parte, di attuare un serrato controllo su attività significativamente soggette ad infiltrazioni da parte della criminalità organizzata, dall'altra, di tutelare i consumatori dal rischio di frodi e di dipendenze dannose per la salute⁶.

Un simile inquadramento è, peraltro, in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, per cui l'offerta di giochi d'azzardo dietro corrispettivo costituisce «attività economica» ai sensi dei Trattati, a seconda dei casi rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 56 TFUE, in materia di libera prestazione dei servizi⁷, o – laddove, invece, un operatore con sede in uno Stato membro effettui l'attività mediante un soggetto situato in un altro Stato membro – dell'art. 49 TFUE, in materia di libertà di stabilimento⁸.

Quanto appena illustrato spiega perché, nelle controversie in materia di gioco lecito, i giudici nazionali si trovino spesso volte dinnanzi a ipotesi di quella che viene definita “doppia pregiudizialità”, ossia l'alternativa tra sollevare l'incidente di costituzionalità o disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e (a ben vedere) ciò è proprio quanto è avvenuto nel caso di specie.

Ma procediamo con ordine.

3. Il sindacato 'a maglie larghe' della Consulta...

La motivazione alla base della dichiarazione di non fondatezza è piuttosto sintetica.

⁶ Tali orientamenti sono stati recentemente descritti in F. GALLARATI, *La riserva statale dei giochi pubblici: fondamento costituzionale e limiti europei*, in [Corti supreme e salute](#), 3/2019, 455-456, ed in particolare 461-462, ove si evidenzia come l'istituzione di un servizio pubblico si giustifichi in base alla necessità di garantire la prestazione di un'attività che, in assenza dell'intervento statale, non sarebbe prestata in condizioni soddisfacenti, mentre la riserva statale in materia di giochi pubblici persegue piuttosto l'opposta esigenza di limitare l'iniziativa economica privata 'in negativo', evitando che quest'ultima si svolga in contrasto con l'utilità sociale.

⁷ Può, qui, citarsi la sentenza 12 marzo 1994, causa C-275/92, *Schindler*, punti 16 e ss. In tal sede, alla richiesta del giudice nazionale di far rientrare le lotterie nell'ambito di applicazione dell'articolo 30 del Trattato (in materia di libera circolazione delle merci), la Corte – pur osservando che l'attività dei convenuti sembrava effettivamente limitata all'invio di documenti pubblicitari e di moduli di ordinazione, per conto di un organizzatore di lotterie – ha rilevato come l'importazione e la diffusione di oggetti non fossero fine a se stesse, ma unicamente destinate a consentire la partecipazione alla lotteria degli abitanti degli Stati membri, in cui detti oggetti venivano importati e diffusi. Ciò premesso, la Corte ha fatto riferimento all'articolo 60, primo comma del Trattato, per cui «(...) sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone». Secondo la Corte, i giochi di lotteria rientrerebbero in tale definizione, poiché gli acquirenti dei biglietti partecipano ad un gioco che offre loro una speranza di vincita, garantendo a tal fine la raccolta delle poste, l'organizzazione di estrazioni a sorte, la determinazione e il versamento dei premi o delle vincite; il corrispettivo di tali prestazioni è costituito proprio dal prezzo del biglietto della lotteria. Sempre secondo la Corte, l'alea che può caratterizzare un simile scambio non lo priva della sua natura economica. Seppur la lotteria possa avere, come lo sport dilettantesco, un aspetto di divertimento per i giocatori che vi partecipano, tale connotazione ludica non la priva della sua natura di prestazione di servizi: non solo essa conferisce ai giocatori, se non una vincita certa, per lo meno la speranza della vincita, ma consente altresì un profitto per l'organizzatore.

⁸ Per un inquadramento nell'ambito di applicazione delle disposizioni in materia di libertà di stabilimento, si faccia, invece, riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia del 6 novembre 2003, *Piorgio Gambelli e a.*, causa C-243/01, punto 48. O ancora la sentenza della Corte di Giustizia, Sez. IV, del 9 settembre 2010, *Procedura penale c. Ernst Engelmann*, causa C-64/08, punto 28, in cui si è ritenuto che il requisito secondo il quale gli operatori che intendono gestire case da gioco debbano costituire società per azione determinasse una restrizione alla libertà di stabilimento, impedendo agli operatori che siano persone fisiche – nonché alle imprese con un'altra forma sociale – di creare un centro di stabilimento secondario in Austria. Si è, invece, esclusa l'applicabilità delle norme sulla libera circolazione dei capitali e sulla libertà dei pagamenti: eventuali restrizioni alle suddette libertà non costituirebbero – secondo la Corte – «altro che la conseguenza inevitabile delle eventuali restrizioni imposte alla libera prestazione dei servizi». Sul punto, si veda, sentenza della Corte di Giustizia dell'8 settembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, causa C-42/07, punto 47, per cui qualora una misura nazionale incida simultaneamente su più libertà fondamentali, la Corte l'esamina, in linea di principio, riguardo ad una sola di esse qualora emerga che, nelle circostanze della specie, le altre siano del tutto secondarie rispetto alla prima e possano essere ad essa collegate.

La Corte si sofferma, anzitutto, sulla questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 3 Cost.

Inquadrata rapidamente la norma oggetto del giudizio di costituzionalità nella categoria delle cd. leggi-provvedimento, la Corte riprende una serie di suoi precedenti, laddove sostiene come per tale tipologia di previsioni – in cui sono insite forme di disparità di trattamento – lo scrutinio di costituzionalità debba soffermarsi con particolare analiticità sui profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta legislativa⁹.

Prendendo le mosse dalla duplice finalità sottesa all'istituto della proroga tecnica, ricondotta allo scopo di contemperare i principi di derivazione europea in materia di concorrenza con l'esigenza di perseguire, in materia di concessioni di gioco per la raccolta del bingo, il tendenziale allineamento temporale di tali concessioni, la Corte si dedica allora all'importo del canone mensile fissato dalla disposizione oggetto del giudizio. Rilevato che il pagamento di un maggiore canone – «*in un quadro complessivo di progressiva valorizzazione dei rapporti concessori e dei vantaggi competitivi che ne derivano per i privati, in funzione di una maggiore efficienza nell'utilizzo delle pubbliche risorse*» – sarebbe volto a compensare il vantaggio per il concessionario in scadenza che intenda altresì partecipare al bando di gara per la riattribuzione della concessione riconoscendogli la possibilità di partecipare alla nuova procedura selettiva senza soluzione di continuità rispetto alla precedente attività. Ciò premesso, l'abbandono del criterio di determinazione dei canoni di cui alla legge n. 147 del 2013, ricondotto all'ordinario rischio normativo di impesa, non viene considerato alla stregua di un indice di arbitrarietà o irragionevolezza dell'incremento introdotto dalla disposizione censurata¹⁰.

Allo stesso modo, viene dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 41 Cost. per i plurimi differimenti del termine per le gare e alla conseguente mancanza di un orizzonte temporale certo, entro il quale gli operatori effettuare consapevoli scelte imprenditoriali. Pur ammettendo che la progressiva dilatazione dei tempi per l'indizione della gara per l'attribuzione delle nuove concessioni ha impedito la realizzazione degli obiettivi di efficienza, concorrenzialità e trasparenza che avevano ispirato l'adozione di una nuova disciplina delle concessioni per l'esercizio delle sale bingo, la Corte è decisamente ferma nel sostenere come la valutazione sulla convenienza dell'adesione al regime di proroga tecnica e sulla futura partecipazione non sia sottratta all'imprenditore, che può comunque effettuare le proprie valutazioni in merito alla scelta di avvalersi della proroga, a fronte del pagamento del canone mensile, sulla base di un proprio

⁹ A riguardo, vengono citate *ex plurimis*, le [sentenze nn. 116/2020, 181/2019, 182/2017, 275/2013, 154/2013 e 5/2013, 20/2012, 270/2010, 288/2008, 429/2002, 2/1997](#). È consolidata, infatti, la giurisprudenza della Corte, per cui la legittimità in base alla Carta costituzionale delle c.d. leggi-provvedimento debba essere «“valutata in relazione al loro specifico contenuto” [...] e devono risultare i criteri che ispirano le scelte con esse realizzate, nonché le relative modalità di attuazione» [...], attraverso l'individuazione degli interessi oggetto di tutela e della ratio della norma desumibili dalla stessa, anche in via interpretativa, in base agli ordinari strumenti ermeneutici [...]». Sul sindacato costituzionale in materia di leggi di provvedimento, si rinvia per tutti a C. MORTATI, *Osservazioni sul sindacato di costituzionalità delle leggi provvedimento*, in AA.VV., *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. III, Milano, 1969, 1349, ma anche a G. LEONE, *Dalla nuova tecnica di sindacato del giudice costituzionale e del giudice amministrativo alla (auspicata) nuova tecnica di redazione degli atti legislativi ed amministrativi in presenza dei principi di tutela dell'affidamento e della irretroattività degli atti legislativi ed amministrativi*, in [Dir. pubbl. eur., Rassegna on line](#), novembre 2016, 24; M. LOSANA, *Leggi provvedimento? La giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2015; G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. Pubbl.*, 2007; A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, n. 3, 1975, 563 ss.

¹⁰ Qui la Corte richiama sue precedenti sentenze in materia di concessioni, fra è significativo qui riprendere la [sentenza n. 29/2017](#), per cui «*gli interventi legislativi, volti ad adeguare i canoni di godimento dei beni pubblici, hanno lo scopo, conforme agli artt. 3 e 97 Cost., di consentire allo Stato una maggiorazione delle entrate e di rendere i canoni più equilibrati rispetto a quelli pagati in favore di locatori privati (sentenza n. 88 del 1997). [...] Né l'incremento può essere considerato frutto di irragionevole arbitrio del legislatore, tale da indurre questa Corte a sindacare una scelta di indirizzo politico-economico, che sfugge, in via generale, ad una valutazione di legittimità costituzionale*» o la n. [302/2010](#), la quale riprende – a sua volta – la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, laddove quest'ultima sottolinea che una mutazione dei rapporti di durata deve ritenersi illegittima quando incide sugli stessi «in modo improvviso e imprevedibile», senza che lo scopo perseguito dal legislatore ne imponesse l'intervento (sentenza 29 aprile 2004, in cause C-487/01 e C-7/02).

calcolo economico.

Solo un accenno viene fatto alla circostanza che, nel contesto di tali valutazioni, debbano necessariamente rientrare anche considerazioni in merito al fattore temporale, legate alla conoscenza di una data certa per lo svolgimento della futura gara, originariamente prevista per il 2014 e differita al 31 marzo 2023 (art. 1, comma 1130, della legge n. 178 del 2020).

La rilevanza di tale dirimente osservazione viene, però, subito sminuita dalla statuizione per cui – con riguardo a rapporti concessori ormai esauriti – non sarebbe invocabile alcun tipo di tutela dell'affidamento, connesso alla durata dell'ammortamento degli investimenti e alla remunerazione dei capitali, e da un generico riferimento al rischio normativo, tipico di settori come quello in esame. Si fa riferimento, qui, ad una precedente giurisprudenza costituzionale che aveva riconosciuto come la «*pervasiva componente pubblicistica*» che distingue il settore dei giochi giustificherebbe l'esistenza di restrizione, per perseguimento di non meglio definiti «*interessi pubblici sottesi alla regolazione di queste attività imprenditoriali*». Non è, però, dato comprendere – né la Corte ha cura di chiarirlo più specificamente – quale sia l'interesse pubblico sotteso alla scelta di stabilire un'ulteriore proroga delle concessioni in essere, così posticipando nuovamente lo svolgimento della gara per l'assegnazione delle stesse¹¹.

Viene, infine, dichiarata ugualmente non fondata la questione sollevata con riguardo agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., con l'evocazione (quali parametri interposti) delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di cui all'art. 16, in materia di libertà di impresa, all'art. 20, in materia di uguaglianza, e all'art. 21, in materia di non discriminazione.

I principi enunciati dalle suddette disposizioni si sovrapporrebbero con quelli costituzionali di uguaglianza, ragionevolezza e libertà di iniziativa privata, sicché – rilevata l'insussistenza di una lesione di tali canoni con riferimento alle precedenti questioni – non sussisterebbe, secondo la Corte, nemmeno la violazione dei canoni di derivazione europea di portata analoga.

4. ...e il rischio di tensioni con il diritto dell'Unione europea

È proprio quest'ultima statuizione a destare le maggiori perplessità. Fino ad ora, infatti, la Corte ha generalmente declinato la propria competenza a pronunciarsi sulla compatibilità della normativa nazionale con il diritto dell'Unione europea, nell'assunto che spettasse al giudice *a quo* effettuare tale valutazione, anche avvalendosi del rinvio pregiudiziale, prima di proporre l'incidente di costituzionalità¹².

¹¹ Per la Corte: «*l'originaria instabilità del nuovo rapporto concessorio derivante [...] dall'essere stati individuati, gli stessi concessionari, con una modalità di affidamento (l'assegnazione diretta per legge, sulla base di una loro semplice opzione, ancorché a fronte del pagamento di una somma di denaro), costituente una vistosa eccezione alla regola generale della concorrenzialità. Quest'ultima circostanza in particolare – anche al di là di ogni considerazione sulle ragioni eccezionali che possono avere determinato la scelta del legislatore – contribuisce ad accentuare il carattere pubblicistico del rapporto di concessione in questione e, con esso, la sua ancora maggiore attitudine a essere oggetto di interventi regolativi pubblici funzionali alla cura degli interessi per i quali le attività di raccolta e gestione dei giochi pubblici sono legittimamente riservate al monopolio statale*».

¹² Si fa riferimento all'[ordinanza n. 48/2017](#) – oltre che alle sentenze ivi citate – in cui si sostiene che: (i) «*Per giurisprudenza di questa Corte, fondata sull'art. 11 della Costituzione e costante a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, il giudice nazionale deve dare piena e immediata attuazione alle norme dell'Unione europea provviste di efficacia diretta – quali pacificamente sono quelle evocate dall'odierno rimettente (sentenza n. 284 del 2007) – e non applicare, in tutto o anche solo in parte, le norme interne ritenute con esse inconciliabili, previo – ove occorra – rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 del TFUE per dirimere possibili dubbi riguardo all'esistenza di tale contrasto (ex plurimis, sentenze n. 226 del 2014, n. 80 del 2011 e n. 125 del 2009; ordinanza n. 207 del 2013)*»; (ii) «*la non applicazione deve essere evitata solo quando venga in rilievo il limite – sindacabile unicamente da questa Corte – del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona (ex plurimis, sentenze n. 238 del 2014, n. 284 del 2007 e n. 168 del 1991)*; (iii) «*l'asserita pregiudizialità dell'incidente di legittimità costituzionale rispetto alla verifica della compatibilità con il diritto dell'Unione è, peraltro, insostenibile, essendo valida (per quel che si sta per dire) la proposizione esattamente contraria*», dal momento che «*come ripetutamente affermato da questa Corte (ex plurimis, sentenza n. 75 del 2012; ordinanze n. 298 del 2011, n. 241 del 2010 e n. 100 del 2009) [...] la questione di*

Ma – a prescindere dalla discontinuità con i propri precedenti, per cui la Corte non dimostra particolari remore nel pronunciarsi sull'ultima questione, quasi la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non fosse diritto europeo – nulla nell'argomentazione appena commentata pare nemmeno ricordare il rigore metodologico della verifica in tre fasi che abitualmente conduce la Corte di Giustizia nel valutare la compatibilità di eventuali disposizioni limitative dell'attività degli operatori dei giochi con le disposizioni dei Trattati.

Pur nell'estrema varietà che caratterizza la disciplina dei giochi pubblici nell'Unione europea, le sentenze dei giudici del Lussemburgo in materia seguono, infatti, tutte un rigido schema, per cui anzitutto si valuta se le restrizioni oggetto di scrutinio possano ritenersi sorrette da quei motivi imperativi di interesse generale che gli stessi Trattati ammettono poter giustificare eventuali restrizioni alla libertà di prestazione dei servizi o, a seconda dei casi, alla libertà di stabilimento. I motivi idonei, secondo la Corte, a giustificare tali restrizioni possono suddividersi in due macro-categorie, l'una afferente alla tutela dell'ordine sociale e l'altra alla tutela del cittadino-consumatore: nella prima categoria, possono includersi tutte quelle misure volte alla prevenzione di attività illecite, nella seconda vengono, invece, ricondotte tutte quelle motivazioni volte ad evitare non solo i rischi legati alle frodi o inganni nei confronti dei giocatori, ma anche spese eccessive e la possibile caduta in forme di dipendenza¹³. Rimangono, invece, totalmente escluse dal novero delle potenziali cause di giustificazione eventuali motivazioni legate alla necessità di garantire il conseguimento di maggiori

compatibilità comunitaria (oggi 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 di cotesta questione». A riguardo, non può che segnalarsi come segnali di apertura al sindacato costituzionale sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di disposizioni interne si siano registrate già con la [sentenza 269/2017](#), in cui la Corte era giunta al seguente approdo: «*ove la legge interna collida con una norma dell'Unione europea, il giudice – fallita qualsiasi ricomposizione del contrasto su base interpretativa, o, se del caso, attraverso rinvio pregiudiziale – applica direttamente la disposizione dell'Unione europea dotata di effetti diretti, [...]. Viceversa, quando una disposizione di diritto interno diverge da norme dell'Unione europea prive di effetti diretti, occorre sollevare una questione di legittimità costituzionale, riservata alla esclusiva competenza di questa Corte, senza delibare preventivamente i profili di incompatibilità con il diritto europeo. In tali ipotesi spetta a questa Corte giudicare la legge, sia in riferimento ai parametri europei [...]*». L'orientamento in questione è stato poi ripreso in maniera analoga nella [sentenza 20/2019](#), ove si è osservato che: «*fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea, occorre considerare la peculiarità delle situazioni nelle quali, in un ambito di rilevanza comunitaria, una legge che incide su diritti fondamentali della persona sia oggetto di dubbi, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua compatibilità con la CDFUE. [...] fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) [...] – va preservata l'opportunità di un intervento con effetti erga omnes di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.), precisando che, in tali fattispecie, la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato».* Del tema ci si era già occupati in V. CAPUANO, *Sulla composizione dei contrasti tra la normativa italiana in materia di gioco e scommesse e il diritto comunitario: quale ruolo per la Consulta?*, in *Giur. cost.*, 2008, 457 ss.

¹³ Si fa, qui, riferimento alle seguenti sentenze 18 gennaio 1979, *Van Wesemael*, cause riunite 110/78 e 111/78; 4 dicembre 1986, *Commissione/Francia*, causa 220/83; 24 ottobre 1978, *Société générale alsacienne de banque*, causa 15/78. Con riferimento al settore dei giochi, tale doppia categorizzazione si ritrova nella sentenza 6 marzo 2008, *Placanica*, cause riunite C-338/04, C-359/04, C-360/04, punto 52, in cui si legge «*Per quanto riguarda gli obiettivi che possono giustificare tali ostacoli, nel presente contesto deve essere operata una distinzione tra, da un lato, l'obiettivo mirante a ridurre le occasioni di gioco e, dall'altro, nella misura in cui i giochi d'azzardo sono autorizzati, l'obiettivo mirante a lottare contro la criminalità assoggettando ad un controllo coloro che operano attivamente in tale settore e canalizzando le attività dei giochi di azzardo nei circuiti così controllati».* Si faccia poi riferimento alle sentenze 24 marzo 1994, *Schindler*, causa C-275/92, punti 57-60; 21 settembre 1999, *Läärä e a.*, causa C-124/97, punti 32-33; del 21 ottobre 1999, *Zenatti*, C-67/98, punti 30-31; Corte di Giustizia, 6 novembre 2003, *Gambelli*, causa C-243/01, punto 67; 22 gennaio 2015, *Stanley International Betting e Stanleybet Malta*, causa C-463/13, punto 48; 8 settembre 2010, *Carmen Media Group*, causa C-46/08, punto 55. Sul tema delle dipendenze ludiche nel quadro europeo, si consenta il rinvio a M. ROMA, *La lotta alla ludopatia nell'Unione europea*, in *Giochi e scommesse sotto la lente del giurista*, cit., 359 ss.

entrate erariali, anche qualora si intenda destinarle all'assolvimento di finalità di interesse generale¹⁴.

Solo una volta verificato *in astratto* che le misure in esame siano giustificate da uno dei suddetti motivi di interesse generale, le successive fasi della verifica di compatibilità impongono un'analisi *in concreto* sull'idoneità e proporzionalità dei mezzi prescelti dagli Stati membri.¹⁵ Così, il secondo passaggio prevede una valutazione circa l'idoneità a garantire il conseguimento dell'interesse generale perseguito¹⁶. In caso di esito positivo anche di tale seconda verifica, in terzo luogo, si dovrà verificare che le restrizioni proposte non vadano al di là di quanto necessario per il raggiungimento di quel motivo di interesse generale che lo Stato si è prefissato¹⁷.

Lo sviluppo di un simile approccio deve probabilmente ricollegarsi al clima di crescente preoccupazione per l'espansione dei giochi *online*, che già a partire dai primi anni Duemila ha portato la gran parte degli Stati membri ad adottare discipline più restrittive, proprio richiamandosi alla necessità di tutelare (per quanto possibile) la salute dei consumatori e dell'ordine sociale, anche nel contesto virtuale¹⁸. Ciò ha richiesto, da parte del giudice europeo, l'introduzione di criteri più scrupolosi da assolvere nella verifica delle misure al suo esame – motivate dalla necessità talvolta di evitare i rischi di dipendenze talvolta di combattere la criminalità – sottoponendo *ciascuna* delle restrizioni ad un doppio scrutinio sotto la lente dei criteri di idoneità e proporzionalità, criteri che rappresentano (come si vedrà) due facce della stessa medaglia¹⁹.

Fatta tale brevissima digressione, è evidente come – nel caso in esame – la Corte costituzionale abbia condotto unicamente una blanda verifica di proporzionalità.

In disparte i generici accenni alla «*pervasiva componente pubblicistica*» che distinguerebbe quasi ontologicamente i giochi o agli «*interessi pubblici sottesi alla regolazione di queste attività imprenditoriali*», la Consulta manca di individuare quale sarebbe l'obiettivo meritevole di tutela alla base della limitazione alla libertà di iniziativa economica privata e, in generale, alla concorrenza introdotta con la normativa oggetto di sindacato. Questo a fronte di una giurisprudenza europea, per cui la sussistenza di idonei motivi giustificativi dev'essere vagliata con riferimento ad *ogni* singolo istituto restrittivo e non può generalmente paventata sulla base di considerazioni di mero ordine generale²⁰.

Ciò inficia inevitabilmente anche il cd. test di idoneità, dal momento che non è possibile valutare la possibilità che una determinata misura sia idonea a raggiungere un fine che non è stato previamente identificato.

Ma anche con riferimento alla proporzionalità delle disposizioni – cui, nella pronuncia *de qua* si

¹⁴ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia del 6 novembre 2003, *Piergiorgio Gambelli e a.*, causa C-243/01, punto 61-62.

¹⁵ Nella rassegna delle varie pronunce in cui la Corte ha avuto modo di dedicarsi al settore dei giochi, appare chiaro come, in un primo momento, la Corte si sia concentrata nell'individuazione delle esigenze imperative che potessero giustificare eventuali limitazioni alla libera prestazione dei servizi (o, come visto, alla libertà di stabilimento), evitando al contempo di soffermarsi sugli strumenti *nello specifico* adottati dagli Stati membri. Solo a partire dalla sentenza 13 novembre 2003, *Lindman*, causa C-42/02, e più tardi con la celebre sentenza 6 marzo 2008, *Placanica*, cause riunite C-338/04, C-359/04, C-360/04, si può osservare da parte della Corte una maggiore attenzione anche alle due successive fasi della verifica di compatibilità sopradelineata.

¹⁶ Ci si riferisce alle sentenze 13 novembre 2003, *Lindman*, causa C-42/02; 6 marzo 2008, *Placanica*, cause riunite C-338/04, C-359/04, C-360/04.

¹⁷ Un procedimento scandito in questi termini si ritrova nella sentenza della Corte di Giustizia del 6 novembre 2003, *Piergiorgio Gambelli e a.*, causa C-243/01, punto 65. Un simile meccanismo viene ripreso in più pronunce, tra cui la già citata sentenza della Corte di Giustizia, Sez. IV, del 9 settembre 2010, *Procedura penale c. Ernst Engelmann*, causa C-64/08, punti 34-35. In particolare, in quest'ultimo punto si rileva che la restrizione debba soddisfare i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte «*in merito alla sua proporzionalità e può essere considerata idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo addotto solo se risponde realmente all'intento di raggiungerlo in modo coerente e sistematico*».

¹⁸ Si vedano – oltre alle sentenze sopracitate – le sentenze 8 settembre 2009, *Bwin*, causa C-42/07; 3 giugno 2010, *Betfair*, causa C-203/08, sentenza 3 giugno 2010, *Ladbroke's Betting & Gaming Ltd*, causa C-258/08.

¹⁹ Che il test di idoneità proporzionalità debba riguardare separatamente ciascuna delle restrizioni viene enunciato espressamente nella sentenza 6 marzo 2008, *Placanica*, cause riunite C-338/04, C-359/04, C-360/04, punto 49.

²⁰ Si veda, a riguardo, la sentenza 6 marzo 2008, *Placanica*, cause riunite C-338/04, C-359/04, C-360/04, punto 49.

fa accenno nel contesto del test di ragionevolezza – l’argomentazione della Corte si espone a più di qualche critica. Tale verifica – per come delineata anche dalla Corte di Giustizia – impone di valutare l’effettiva necessità della misura proposta, con specifico riferimento alla disponibilità di un ventaglio più o meno ampio di possibili soluzioni alternative, che avrebbero potuto comportare un minore pregiudizio alle libertà in questione²¹.

L’attenzione della Consulta è tutta incentrata sulla posizione dei ricorrenti, che – questo è condivisibile – non può dirsi di troppo compromessa dalla disposizione oggetto del sindacato. Paradossale è che, in un giudizio che verte sulla legittimità costituzionale di una disposizione che proroga le concessioni in essere – e, dunque, ritarda la possibilità di un confronto competitivo tra gli operatori del settore – non venga *mai* presa in considerazione la posizione dei potenziali concorrenti.

Quasi in contrasto con l’intera argomentazione (per così dire) accomodante verso le determinazioni del legislatore, è la Corte stessa a chiudere la propria pronuncia stigmatizzando «*i gravi profili disfunzionali*» della prassi di reiterato rinvio delle gare, che inevitabilmente ritarda l’implementazione di meccanismi concorrenziali, con ciò aggravando la situazione incertezza in cui svolgono la propria attività gli operatori di mercato. Tale prassi – che, a prescindere dal monito finale, continua ad essere fatta salva dalla Consulta – rischia, anche in questo caso, di scontrarsi inevitabilmente con il diritto dell’Unione europea, per come interpretato dalla sopracitata giurisprudenza della Corte di Giustizia.

5. *Qualche considerazione conclusiva*

Per tutto quanto si è detto, la sentenza su cui ci si è appena soffermati e, soprattutto, il controllo ‘a maglie larghe’ effettuato dalla Corte aprono – anche alla luce della consolidata giurisprudenza europea, cui si è fatto riferimento – a più di qualche criticità.

Si è detto come l’approccio tradizionalmente seguito dalla Corte sia quello per cui, preliminarmente alla proposizione dell’incidente di legittimità costituzionale, spetti al giudice *a quo* effettuare la verifica della compatibilità con il diritto dell’Unione europea delle disposizioni oggetto di scrutinio, anche eventualmente avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*.

Non sarebbe la prima volta che i giudici amministrativi italiani, chiamati a pronunciarsi su controversie in materia di gioco lecito, adiscono sia la Corte costituzionale sia la Corte di Giustizia dell’Unione europea. Gli studiosi attenti agli sviluppi giurisprudenziali nel settore ricorderanno il caso della *Global Starnet*. Nella controversia avente ad oggetto l’annullamento del decreto

²¹ Sul punto, sia consentito rinviare in via esemplificativa sentenza della Corte di Giustizia del 6 novembre 2003, *Piergiorgio Gambelli e a.*, causa C-243/01, punto 74, per cui, anche se l’obiettivo perseguito dalle autorità di uno Stato membro è quello di evitare il rischio che i concessionari dei giochi siano implicati in attività criminali o fraudolente, escludere la possibilità per le società di capitali quotate sui mercati regolamentati degli altri Stati membri di ottenere concessioni per la gestione di scommesse sportive, soprattutto quando esistano altri strumenti di controllo dei bilanci e delle attività delle dette società, può risultare una misura eccessiva rispetto a quanto necessario per impedire la frode. O ancora, sempre per rimanere al livello di esempio, si veda la sentenza della Corte di Giustizia, Sez. IV, del 9 settembre 2010, *Procedura penale c. Ernst Engelmann*, causa C-64/08, punti 37-38, in cui si è rilevato come l’esclusione categorica degli operatori aventi sede in un altro Stato membro apparisse una misura sproporzionata – poiché eccedente quanto necessario per il fine perseguito dallo Stato in questione (nel caso, la lotta alla criminalità) – anche alla luce di possibili metodi alternativi per controllare l’attività degli operatori, quali – ad esempio – l’obbligo di tenere una contabilità separata per ogni casa da gioco verificata da un contabile esterno, la raccolta di informazioni in merito alle decisioni degli organi di amministrazione, dei dirigenti e dei principali azionisti. A riguardo, la Corte riprende l’osservazione formulata dall’avvocato generale, per cui è possibile effettuare controlli su qualsiasi impresa stabilita in uno Stato membro, e le si possono infliggere sanzioni a prescindere dal luogo di residenza dei dirigenti. Al contrario, nella già citata sentenza della Corte di Giustizia dell’8 settembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, causa C-42/07, la Corte ha risolto la questione pregiudiziale nel senso che l’articolo 49 CE non osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella oggetto della causa principale, che vieti ad operatori stabiliti in altri Stati membri in cui forniscono legittimamente servizi analoghi, di offrire giochi d’azzardo – questa volta tramite Internet – sul territorio del detto Stato membro.

interdirigenziale del Direttore dell'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato 28 giugno 2011, recante la determinazione dei requisiti delle società concessionarie del gioco pubblico non a distanza e degli amministratori delle stesse, il Consiglio di Stato dapprima sollevò questione di legittimità costituzionale delle norme della l. n. 220/2010 – alla base del provvedimento impugnato – per contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost., per poi sottoporre una domanda del tutto analoga, in sede di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* alla Corte di Giustizia²².

In quella circostanza le Corti giunsero a conclusioni equivalenti – pur seguendo *iter* motivazionali non sovrapponibili – in tal modo testimoniando, ancora una volta, come regole giuridiche di contenuto analogo, collocate nel contesto di diversi ordinamenti, possano assumere connotati e sfumature diverse, a seconda del giudice che sia chiamato a darvi applicazione.

Nulla esclude, pertanto, che in futuro – e (chi può saperlo) magari anche nel caso di specie – si possa giungere a scontri ben più drammatici tra diversi giudicati di rango 'costituzionale' o (secondo la visione dei più ottimisti) creare momenti di «*mutua integrazione*» di carte costituzionali e carte dei diritti²³.

Ciò che è chiaro – e che l'analisi della pronuncia che qui si è appena commentata dimostra – è come i settori (come quello dei giochi) in cui valori costituzionali e libertà fondamentali previste dai Trattati europei si intersecano indistricabilmente, le 'sorti' delle disposizioni di legge in rilievo siano nelle mani del giudice nazionale, cui – tanto più in assenza di una regola procedurale che imponga un qualche criterio di priorità – spetta in prima battuta scegliere se disapplicare direttamente o sollevare questione di legittimità costituzionale o rinvio pregiudiziale, incontrando nell'uno o nell'altro caso approcci di molto differenti. Il tutto a discapito della certezza del diritto e – non in secondo luogo – della concorrenza.

²² La pronuncia oggetto del giudizio di primo grado è la sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, n. 10078/2011, poi confermata, in appello, con sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 658/2019. In sede di giudizio di appello il Consiglio di Stato – rispettivamente con le ordinanze n. 4681/2013 e 2234/2016 – ha adito la Corte costituzionale, che si è pronunciata con la sentenza n. 56/2016, e la Corte di Giustizia, che ha pronunciato la sentenza 20 settembre 2017, C-322/16, *Global Starnet*.

²³ L'espressione virgolettata è in A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia*, in [Diritti Comparati](#), 1/2018, 267 e ss.

Giovanni Tarli Barbieri

La necessaria ed auspicabile riforma della disciplina del contenzioso elettorale preparatorio riferito alle elezioni politiche a seguito della [sent. 48/2021](#) della Corte costituzionale* **

ABSTRACT: *“The paper examines the decision no. 48 of 2021 of the Constitutional Court, as a fundamental piece in a jurisprudential path in the matter of litigation relating to national elections, historically characterized by a conspicuous weakness of judicial protection.*

The ruling partially resolves the ‘black hole’ of the absence of judicial protection on disputes concerning the preparatory electoral procedure relating to the elections to the Chamber and the Senate. However, the Constitutional Court does not renounce to urge the Chambers to follow up on its decision by outlining “an ad hoc procedure, which ensures timely pre-electoral justice”.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il lungo cammino giurisprudenziale alla base della [sent. n. 48/2021](#). – 3. *Segue*: la giurisprudenza della Corte costituzionale prima del 2021. – 4. Le novità introdotte dalla [sent. n. 48/2021](#). – 5. Il “seguito” della [sent. n. 48/2021](#). – 6. Dopo la [sent. n. 48/2021](#): ripensare l’art. 66 Cost.? – 7. Gli altri (rilevanti) motivi di interesse della [sent. n. 48/2021](#): la disciplina della raccolta delle firme e le (discutibili) fattispecie di esenzione dall’obbligo delle sottoscrizioni.

1. *Premessa.*

La [sent. n. 48/2021](#) costituisce un tassello fondamentale in un percorso giurisprudenziale che ha visto la Corte costituzionale intervenire in una materia, quella del contenzioso relativo alle elezioni politiche nazionali, connotata storicamente da un vistoso *deficit* di tutela giurisdizionale, e perciò definita particolarmente problematica, essendo in «plateale controtendenza»¹ rispetto «alle linee direttrici dello sviluppo costituzionale degli ordinamenti dell’area europea (e non solo)»², nonostante la sua rilevanza sul piano dell’esercizio del diritto di elettorato passivo.

In questo senso, essa appare assai rilevante perché contribuisce a risolvere parzialmente il “buco nero giurisdizionale”³ dato dall’assenza di tutela giurisdizionale sulle controversie riguardanti il procedimento elettorale preparatorio relativo alle elezioni della Camera e del Senato.

Anticipando quanto si dirà successivamente (par. 5), un aspetto fondamentale di tale pronuncia è dato dal seguito parlamentare della stessa, laddove richiede alle Camere «un necessario intervento» per delineare «un rito *ad hoc*, che assicuri una giustizia pre-elettorale tempestiva»⁴.

Si è parlato di un «“monito rinforzato”, un pressante invito al legislatore», una richiesta, espressa con «una nuova forma di sollecitazione alle Camere», «di intervenire su una zona franca, quantomeno nella sua dimensione effettiva e tempestiva»⁵.

* Pubblicazione effettuata ai sensi dell’art. 3, comma 14, del Regolamento della Rivista.

** Il lavoro costituisce una rielaborazione dell’audizione svolta presso la Prima Commissione permanente del Senato il 27 maggio 2021.

¹ P. COSTANZO, *La verifica dei poteri. Un privilegio parlamentare sempre meno convincente*, in *Rass. parl.*, 3/2006, 783.

² Sul punto, per tutti, L. PEGORARO, G. PAVANI, S. PENNICINO (a cura di), *Chi controlla le elezioni? Verifica parlamentare dei poteri, tribunali, commissioni indipendenti*, Bologna 2011; cfr. anche F. LANCHESTER, *La verifica dei poteri nel diritto comparato: modelli a confronto*, in *Giur. cost.*, 5/1998, 2859 ss.; M. CERASE, *Art. 66*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario della Costituzione*, II, Torino 2006, in particolare 1283-1284 e l’efficace sintesi contenuta in L. CIAURRO, *Parlamentari giudici di se stessi?* in R. D’Alimonte, C. Fusaro (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, Bologna 2008, in particolare 300 ss.; P. TORRETTA, *Verifica dei poteri e Stato costituzionale. Saggio sull’articolo 66 della Costituzione*, Roma 2012, 395 ss.

³ L. CIAURRO, *Parlamentari giudici di se stessi?* cit., 307.

⁴ *Considerato in diritto*, n. 4.5.

⁵ G. AZZARITI, *Il procedimento elettorale preparatorio: la Corte chiama, il Parlamento risponde. Audizione presso la I Commissione Affari costituzionali del Senato sulla sentenza n. 48 del 2021*, in [Osservatorio costituzionale](#), 4/2021, 2.

Il punto è da sottolineare anche alla stregua di una prassi che ha visto gli «scarsi risultati dei moniti, che in effetti sono rimasti in gran parte inascoltati»⁶.

La “sordità” del legislatore rispetto ai moniti della Corte costituzionale appare una tendenza decisamente patologica non solo perché la pronuncia del giudice delle leggi «non è che un frammento di un processo e di una dinamica ordinamentale che prosegue in altre sedi», ma anche perché essa viola quella «necessaria cooperazione che deve governare i rapporti tra tutte le Istituzioni», quale «condizione fondamentale per un corretto funzionamento del sistema istituzionale e della forma di governo»⁷. Non solo, ma non rispondendo alle sollecitazioni della Corte, il Parlamento finisce per auto-emarginarsi sul terreno della forma di governo, in favore di altri organi o poteri, quali il Governo o, come spesso avviene nella prassi, lo stesso giudice delle leggi⁸, la cui “creatività” giurisprudenziale è decisamente cresciuta nel più recente periodo⁹.

Da questo punto di vista, l’iniziativa della prima Commissione permanente del Senato di avviare un ciclo di audizioni informali relative all’esame della sentenza in commento è senz’altro da apprezzare: essa infatti è in controtendenza con una prassi che ha visto le previsioni sul punto contenute nei regolamenti parlamentari (art. 108 reg. Camera; art. 139 reg. Senato), peraltro per alcuni profili non prive di contenuti discutibili¹⁰, assolutamente trascurate dalle Camere¹¹, anche «per la difficoltà di conciliare la quantità e la complessità dei prodotti giurisprudenziali che andrebbero presi in esame con la ristrettezza dei tempi del lavoro parlamentare»¹².

2. Il lungo cammino giurisprudenziale alla base della [sent. n. 48/2021](#).

La [sent. n. 48/2021](#) costituisce un punto di arrivo di un lungo itinerario giurisprudenziale iniziato fino dalla [sent. n. 93/1965](#) che dichiarò incostituzionali gli artt. 82, 83 del d.p.r. 570/1960 e, ex art. 27 della legge n. 87/1953, dell’art. 84 dello stesso decreto nonché dell’art. 2 della legge n. 328/1951, nella parte in cui radicavano la competenza dei Consigli comunali e provinciali in ordine al contenzioso elettorale, osservando, tra l’altro che «le norme impugnate, non offrendo né suggerendo garanzie per l’imparzialità del giudicante, contrastano con l’art. 108, comma secondo, della Costituzione; pertanto se ne deve dichiarare l’illegittimità costituzionale»¹³; e ciò in quanto «quei giudizi, abbiano ad oggetto l’eleggibilità dei singoli o le operazioni elettorali, toccano comunque

⁶ G. CORAGGIO, [Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2020](#), 14.

⁷ M. CARTABIA, [L’attività della Corte costituzionale nel 2019](#), rispettivamente 6 e 7.

⁸ G. AZZARITI, [Il procedimento elettorale preparatorio](#), cit., 2-3.

⁹ Non a caso, negli ultimi anni, si è affermato che il “pendolo” della natura della Corte sta oscillando verso il polo politico a scapito di quello giurisdizionale: da ultimo, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, [Giustizia costituzionale](#), Torino 2021, 368.

¹⁰ Si pensi al riferimento a risoluzioni con le quali si invitano il Governo a provvedere in conseguenza a pronunce della Corte, non alludendo a iniziative parlamentari sul punto: A. MANZELLA, [Il Parlamento](#), Bologna 2003, 430, il quale, peraltro, ritiene le previsioni contenute nei regolamenti parlamentari «utili [...] a rompere lo scollamento paradossale tra l’attività dei due organi costituzionali».

¹¹ Sul punto, in generale, A. RUGGERI, [Le attività “conseguenziali” nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore \(Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica\)](#), Milano 1988; R. BIN, C. BERGONZINI, [La Corte costituzionale in Parlamento](#), in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), [“Effettività” e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale](#), Napoli 2006, 215 ss.; N. LUPO, [Il Parlamento e la Corte costituzionale](#), in Associazione per gli Studi e le ricerche parlamentari, [Quaderno n. 21](#), Seminario 2010, Torino 2012, 109 ss.

¹² E. CHELI, F. DONATI, [La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali](#), in Associazione italiana dei costituzionalisti, [Annuario 2006. La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa](#), Napoli 2010, 170.

¹³ [Considerato in diritto](#), n. 4. È da ricordare che in tale lontana pronuncia la Corte osservava causticamente che «nel quadro di tale situazione si spiega come i ripetuti incidenti di costituzionalità, sollevati negli ultimi anni dai consigli comunali, siano serviti molto spesso, più che a fini di giustizia, a ritardare la decisione delle controversie oltre i termini utili: frutto, anche questo, d’un sistema per cui le stesse persone sono giudici e parti in uno stesso giudizio». Su tale pronuncia, in particolare, U. POTOTSCHNIG, [Il giudice interessato non è indipendente](#), in [Giur. cost.](#), 1965, 1291 ss.; D. SORACE, [La scure della Corte costituzionale sulle giurisdizioni speciali amministrative](#), in [Riv. dir. proc.](#), 1968, 801 ss.

l'interesse personale degli stessi consiglieri che compongono il collegio: l'interesse di alcuni, se di costoro personalmente è contestata l'elezione; della maggioranza, se è in giuoco la sorte della lista di maggioranza; di tutti, se si denunciano irregolarità delle operazioni elettorali che possano compromettere l'intero risultato delle elezioni»¹⁴.

Anche con riferimento alle elezioni regionali, la giurisprudenza costituzionale, fino dalla [sent. n. 66/1964](#) si era attestata nel senso dell'assenza di norme o principi costituzionali da cui potesse ricavarsi l'attribuzione ai Consigli regionali (anche di Regioni a statuto speciale) del giudizio definitivo sui titoli di ammissione dei loro componenti e sulle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità, così da sottrarre tale materia alla sfera della giurisdizione¹⁵; pertanto ([sentt. nn. 115/1972](#); [113/1993](#)) le norme legislative e dei regolamenti interni dei Consigli, allorché alludono a un "giudizio definitivo" delle assemblee elettive regionali sulla verifica dei poteri e sulle contestazioni e i reclami elettorali, debbono essere intese «conformemente alla Costituzione, come riferite alla fase "amministrativa" del contenzioso elettorale, e non escludono la successiva eventuale fase giurisdizionale, non potendo le norme regionali disciplinare la giurisdizione né escluderla».

La citazione è tratta dalla [sent. n. 29/2003](#), la quale, negando l'estensibilità della verifica dei poteri ai Consigli regionali, ha ribadito che «sottrarre alla giurisdizione, per riservare esclusivamente alla assemblea degli eletti, della quale fanno parte soggetti portatori di interessi anche individuali coinvolti, il giudizio sulle cause di ineleggibilità e di incompatibilità, significherebbe negare il "diritto al giudice", e ad un giudice indipendente e imparziale (cfr. [sentenza n. 93 del 1965](#)), sancito dalla Costituzione e garantito anche a livello internazionale dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (articolo 6)»; e ciò sul presupposto che tale diritto costituisce un "principio supremo" dell'ordinamento costituzionale (cfr. [sentenza n. 18 del 1982](#)).

L'art. 66 Cost., «che affonda le sue radici nell'esigenza, propria dei più antichi sistemi rappresentativi, di difendere l'autonomia della rappresentanza elettiva», costituisce quindi una norma derogatoria che, in quanto tale, «non potrebbe estendersi al di là della specifica situazione regolata, e non è quindi invocabile per costruire un'anacronistica esenzione dei Consigli regionali dalla giurisdizione»¹⁶.

Anticipando quanto si dirà più oltre, da queste prime e non recenti pronunce si trovano elementi fondamentali che il giudice delle leggi riprende, in termini ancora più ampi ed espliciti, nella [sent. n. 48/2021](#).

¹⁴ *Considerato in diritto*, n. 3. Come è noto, a seguito della sentenza, l'art. 2 della legge n. 1147/1966 attribuì la cognizione del contenzioso elettorale in questione a Tribunali amministrativi per il contenzioso elettorale, concepiti come parte degli istituendi (ma non ancora istituiti) Tribunali amministrativi regionali, ma anch'esso finì sotto la scure della Corte costituzionale che ravvisò anche in questo caso una mancanza di indipendenza dei suoi componenti ([sent. n. 49/1968](#)).

¹⁵ Nella [sent. n. 66/1964](#) si legge infatti: «Manca, come si vede, una norma costituzionale che, come avviene per le Camere in base all'art. 66 della Costituzione, attribuisca ai Consigli regionali, anche di Regioni a statuto speciale, il giudizio definitivo dei titoli di ammissione dei loro componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità»: *considerato in diritto*, n. 5. Su tale pronuncia, per tutti, G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Differenziazione tra Assemblea regionale e Camere di indirizzo politico regionale*, in *Giur. cost.*, 1964, 692 ss.; S. TRAVERSA, *Il potere regolamentare dei Consigli regionali in relazione alla tutela giurisdizionale dei loro dipendenti*, *ivi*, 700 ss.; A. SAVIGNANO, *Sulla tutela giurisdizionale del rapporto di impiego dei dipendenti dell'Assemblea regionale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 236 ss.

¹⁶ *Considerato in diritto*, n. 3. Sulla sentenza in questione, per tutti, F.S. CANTELLA, *Il difficile equilibrio tra potere giurisdizionale e Assemblee legislative: appunti su un problema ancora aperto*, in *Giur. cost.*, 1/2003, 185 ss.; F. SACCO, *Consigli regionali e "verifica dei poteri" tra autonomia e sovranità. Note a margine della sentenza n. 29 del 2003 della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2004, 243 ss.

In questo senso, la Corte, in linea con i propri precedenti, prende le distanze da una risalente pronuncia dell'Alta Corte per la Regione siciliana che, in linea con una parte della dottrina (P. GASPARRI, *L'autonomia regionale sarda*, Cagliari 1953, 25) aveva ritenuto l'autodichia elettorale riconosciuta all'Assemblea regionale siciliana (art. 61, l.r. 29/1951) «rispondente al carattere legislativo dell'Assemblea regionale e all'auto-formazione di essa» ([Alta Corte per la Regione siciliana, sent. n. 38/1951](#)): sul punto, M. COSULICH, *Art. 66*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, II, Bologna 2021, 80.

Tuttavia, essi sono rimasti, per così dire, “sottotraccia” nelle pronunce riferite al contenzioso elettorale preparatorio riferito alle elezioni politiche, nelle quali la Corte ha assunto, fino alla pronuncia in questione, un atteggiamento più prudente o quantomeno non del tutto lineare.

Per inquadrare l'insieme di queste pronunce, occorre ricordare l'univoco orientamento della Cassazione – qualificato dalla [sent. n. 48/2021](#) in commento «alla stregua di diritto vivente»¹⁷ – che ha ritenuto «precluso ogni sindacato, alternativo, concorrente o successivo, di qualsiasi autorità giudiziaria»¹⁸, e quindi il difetto assoluto di giurisdizione sia del giudice ordinario che del giudice amministrativo¹⁹, sul presupposto che la Costituzione rimetterebbe a ciascuna Camera, ai sensi dell'art. 23 del d.p.r. 361/1957, «la convalida delle proprie elezioni e quindi delle operazioni elettorali che le hanno precedute con un giudizio definitivo sui reclami avverso la ricusazione delle liste e sugli effetti di questi provvedimenti in ordine alla convalida delle elezioni»²⁰.

La Corte di cassazione ha qualificato come «funzione giurisdizionale esclusiva» quella esercitata dalle Camere attraverso propri organi, da intendersi, peraltro, «non in senso stretto, attesa la natura affatto speciale dell'organo cui è demandata»²¹. Tuttavia, «la circostanza che la tutela giurisdizionale competa ad un organo speciale, quale è la giunta parlamentare, non implica un inammissibile vuoto di tutela, quantunque comporti il differimento della tutela medesima ad un momento successivo alla conclusione della consultazione elettorale (essendo evidentemente la giunta parlamentare competente quella espressa dalla Camera del Parlamento eletto), in coerenza del resto con le medesime indifferibili esigenze di speditezza del procedimento elettorale che l'art. 61 Cost. postula e delle quali si è già prima avuto modo di parlare: esigenze che non sarebbe agevole – e talvolta sarebbe anzi del tutto impossibile – conciliare con una forma compiuta di tutela giurisdizionale preventiva idonea a metter capo ad una pronuncia definitiva».

Questo orientamento si è giustapposto ad uno, diverso, dei giudici amministrativi, le cui pronunce hanno evidenziato maggiori oscillazioni²²: se infatti il Consiglio di Stato nella vicenda “Pizza” (ovvero la vicenda dell'esclusione della lista DC nelle elezioni del 2008), peraltro innovando rispetto alla propria giurisprudenza precedente²³, si era dichiarato competente «considerato che tali controversie, in quanto aventi ad oggetto atti amministrativi, devono ritenersi rientranti della giurisdizione del giudice amministrativo»²⁴, essendo poi smentito dalla Cassazione, non erano mancate pronunce soprattutto dei Tar che si erano mostrate più sensibili ad affermare la natura giurisdizionale degli Uffici elettorali (e in particolare di quello nazionale) in quanto composti da

¹⁷ Similmente si è parlato di una tesi sostenuta dalla Cassazione «con una solidità quasi ‘granitica’»: P. TORRETTA, *Verifica dei poteri*, cit., 164.

¹⁸ Cass. civ., sez. un., 9 giugno 1997, n. 5135, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 944.

¹⁹ Cfr. già Cass. civ., sez. un., 9 giugno 1997, n. 5135, cit.; Cass. civ., sez. un., 22 marzo 1999, n. 172, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2327 ss.

²⁰ Cass. civ., sez. un., 6 aprile 2006, n. 8118, in *Giust. civ.*, 12/2007, 2908 ss.

²¹ Cass. civ., sez. un., 8 aprile 2008, n. 9151, sulla quale, in particolare, A. PAJNO, *Fase preparatoria delle elezioni politiche e contenzioso elettorale. Verifica dei poteri, regolazione della giurisdizione e transizione italiana*, in *Corr. giur.*, 12/2008, 1685 ss.; V. CARBONE, *Elezioni politiche e Giunta parlamentare*, in *Corr. giur.*, 5/2008, 603 ss.

²² Sul punto, si è affermato che «anche nell'ambito della giustizia amministrativa si sono affiancati indirizzi discordanti che hanno creato non poco disorientamento»: P. TORRETTA, *Verifica dei poteri*, cit., 165.

²³ Così, ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1380; sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1053, tutte in [Giustizia Amministrativa](#).

²⁴ Cons. Stato, ord. 1° aprile 2008, nn. 1743, 1744, in [Giustizia Amministrativa](#), con le quali il Consiglio di Stato ha accolto in sede cautelare il ricorso contro l'esclusione della lista DC «considerato che tali controversie, in quanto aventi ad oggetto atti amministrativi, devono ritenersi rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo» (sul punto, in particolare, L. PLATANIA, *Al giudice amministrativo gli atti prodromici alle elezioni politiche?*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 24 aprile 2008). Nello stesso senso, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, anche sul presupposto della natura amministrativa degli organi preposti al procedimento preparatorio: Cons. giust. amm. Reg. siciliana, ord. 29 maggio 2008, n. 282, in [Giustizia Amministrativa](#) (si tratta dell'ordinanza con la quale è stata sollevata la questione di costituzionalità decisa dalla Corte costituzionale con la [sent. n. 259/2009](#)).

magistrati²⁵, a fronte di altre che invece si erano allineate alla giurisprudenza della Cassazione²⁶ o a quella del Consiglio di Stato²⁷. Ancora diversamente, sul presupposto di un vuoto di tutela in favore di chi fosse escluso nel procedimento elettorale, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana nel 2008 decideva di sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 23 e 87 del d.p.r. 361/1957 nella parte in cui non prevedono l'impugnabilità dinanzi al giudice amministrativo delle decisioni emesse dall'Ufficio elettorale centrale nazionale che comportino esclusioni di candidati o liste dalla competizione elettorale²⁸.

Tuttavia, è noto che le Giunte delle elezioni della Camera e del Senato, in particolare a partire dalla XIII legislatura, hanno affermato a più riprese che la competenza delle Camere è limitata alla verifica dei titoli di ammissione e non comprende la valutazione di mera legalità degli atti privi di rilevanza sulla verifica dei titoli dei singoli proclamati. Pertanto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 66 Cost. e dell'art. 87 del d.p.r. 361/1957²⁹, le Giunte per le elezioni si sono dichiarate competenti a conoscere anche ricorsi e reclami, pure riferiti al procedimento elettorale preparatorio ai soli fini di verificare i titoli di ammissione degli eletti e quindi «esclusivamente ai fini del giudizio sulla corretta composizione dell'organo elettivo», rimanendo esclusa la possibilità di attrarre a sé le decisioni relative alle esclusioni di contrassegni, liste o candidati prima dello svolgimento delle elezioni³⁰. Non solo, ma le stesse Giunte hanno evidenziato i problemi relativi al possibile accoglimento di un ricorso riguardante il procedimento preparatorio che, ove riguardasse l'ammissione di una lista, potrebbe provocare la ripetizione delle elezioni su tutto il territorio nazionale. Inoltre, come è stato sottolineato, «l'eventuale ricevibilità di ricorsi in tali ambiti concerne gli organi di verifica istituiti dopo le elezioni e non quelli in carica al momento dei procedimenti preparatori»³¹.

3. Segue: la giurisprudenza della Corte costituzionale prima del 2021.

È peraltro da sottolineare come la giurisprudenza della Cassazione non avesse trovato una sicura sponda in quella della Corte costituzionale precedente al 2021: una giurisprudenza ripercorsa dalla sentenza in commento, quasi a volerne fornire una sorta di “interpretazione autentica”.

Così, nell'[ord. n. 512/2000](#) la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 16, comma 4, e 87 del d.p.r. 361/1957 nella parte in cui non consentono un'azione giudiziaria nei confronti della decisione emessa dall'Ufficio centrale nazionale sull'opposizione proposta contro il provvedimento del Ministero dell'interno di ricusazione di un contrassegno elettorale presentato per le elezioni politiche. La Corte ha osservato che il giudice *a quo* non aveva indicato la giurisdizione alla quale avrebbe dovuto essere devoluta, in forza di un'eventuale sentenza di accoglimento, la cognizione delle controversie, «ritenendo addirittura indifferente che la

²⁵ Così, ad esempio, Tar Sicilia, sez. Catania, 22 aprile 2006, n. 629, sulla quale, in particolare, A. CARIOLA, *L'ammissione delle liste elettorali alla ricerca di un giudice: l'art. 66 Cost. alla prova del giusto processo. Nota a commento di Tar Catania, 22 aprile 2006, n. 629*, in [Giustizia Amministrativa](#). In essa arditamente si legge che *de iure condito* nel procedimento elettorale preparatorio la tutela giurisdizionale sarebbe assicurata dalla possibilità di ricorso all'Ufficio centrale nazionale che, in quanto composto da magistrati della Cassazione, potrebbe essere qualificato come sezione specializzata ai sensi dell'art. 102 Cost. Cfr. anche Tar Lazio, sez. I, 9 marzo 1994, n. 580.

²⁶ Così, per tutti, Tar Sicilia, Palermo, ord. 10 marzo 1994, n. 172; Tar Lazio, sez. II-bis, 16 marzo 2006, n. 1573; Tar Sicilia, Palermo, 4 aprile 2008, n. 441; Tar Lazio, sez. II-bis, 8 aprile 2008, n. 1855, rinvenibili in [Giustizia Amministrativa](#).

²⁷ Così, Tar Umbria, ord. 2 aprile 2008, n. 49, in [Giustizia Amministrativa](#).

²⁸ Cfr. *supra*, nt. 24.

²⁹ Ai sensi dell'art. 87 del d.p.r. 361/1957, «alla Camera dei deputati è riservata la convalida della elezione dei propri componenti. Essa pronuncia giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste e, in generale, su tutti i reclami presentati agli Uffici delle singole sezioni elettorali o all'Ufficio centrale durante la loro attività o posteriormente».

³⁰ [Sent. n. 48/2021](#), *considerato in diritto* n. 4.1 nel quale si richiamano, *ex plurimis*, Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato, sedute dell'11 dicembre 2018 e del 2 luglio 2013, nonché Giunta delle elezioni della Camera dei deputati, seduta dell'11 dicembre 2018.

³¹ V. DI CIOLO, L. CIAURRO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Milano 2013, 215.

giurisdizione sia affidata a sé medesimo o ad altro giudice, né identifica le norme procedurali concernenti i tempi e i modi della invocata tutela giurisdizionale»; si sarebbe trattato quindi solo di «una parvenza» di questione di legittimità costituzionale, «poiché nella sostanza si sollecita una radicale riforma legislativa, che eccede i compiti di questa Corte»³².

Un passo in avanti, ancorché non decisivo, è dato dalla successiva [sent. n. 259/2009](#), nella quale la Corte ribadisce non solo che il controllo sui titoli di ammissione dei suoi componenti, spettante in via esclusiva alle Camere, ai sensi dell'art. 66 Cost., è l'«unica eccezione al sistema generale di tutela giurisdizionale in materia di elezioni» ma anche che agli organi inseriti nel procedimento elettorale, pur essendo collocati presso le Corti d'appello e la Corte di cassazione, non può essere riconosciuta natura giurisdizionale «evidente risultando la carenza, sia sotto il profilo funzionale sia sotto quello strutturale, di un nesso organico di compenetrazione istituzionale che consenta di ritenere che essi costituiscano sezioni specializzate degli uffici giudiziari presso cui sono costituiti»³³.

La pronuncia riconosce la distanza tra la giurisprudenza della Cassazione e gli orientamenti ormai radicati delle Giunte per le elezioni dei due rami del Parlamento ma, in linea con un proprio precedente ([ord. n. 117/2006](#)), conclude che essa può dare luogo a un conflitto di giurisdizione o, ricorrendone i presupposti soggettivi e oggetti, a un conflitto di attribuzione. In definitiva, secondo la [sent. n. 259/2009](#), «non siamo in presenza di un vuoto di tutela dipendente da una carenza normativa incolmabile con gli ordinari strumenti ermeneutici e processuali, ma di una controversia interpretativa, che può essere considerata una circostanza contingente e accidentale non riferibile alla norma in sé e che, pertanto, non dà luogo ad un problema di costituzionalità»³⁴.

Nell'ultima parte, assumendo che le norme relative al contenzioso elettorale preparatorio abbiano la consistenza di diritti soggettivi e non già di interessi legittimi, cosicché la cognizione delle controversie che abbiano ad oggetto il diritto di un candidato a partecipare ad una competizione elettorale potrebbe essere attribuita al giudice amministrativo solo a titolo di giurisdizione esclusiva, richiama l'art. 44 della legge n. 69/2009 che conteneva una delega al Governo (poi scaduta; di essa si darà conto nel par. 5) a prevedere un rito *ad hoc* per questo tipo di contenzioso.

Si tratta quindi di una pronuncia di grande rilevanza ma non priva di ambiguità perché la Corte è sembrata alludere a un'interpretazione restrittiva dell'art. 66 Cost., non chiarendo però se essa sia costituzionalmente possibile ovvero costituzionalmente imposta³⁵. Certo, come è stato osservato, il richiamo all'art. 44 della legge n. 69/2009 e il rifiuto delle Camere di occuparsi del contenzioso pre-elettorale sembrava comunque avallare la tesi secondo la quale l'art. 66 Cost. non copre questo ambito³⁶.

³² Sull'[ord. n. 512/2000](#), in particolare, C. CHIOLA, *Sindacato sulla legittimità del contrassegno dei partiti. Una nuova political question?*, in *Giur. cost.*, 6/2000, 4037 ss.; F. CAPORILLI, *Il procedimento elettorale alla ricerca di un giudice: sul controllo giurisdizionale delle decisioni dell'ufficio elettorale nazionale*, in *Foro it.*, 12/2001, I, 3492 ss.

³³ *Considerato in diritto*, n. 2.2. Sulla [sent. n. 259/2009](#), in particolare, F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 5/2009, 3613 ss.; E. LEHNER, *L'apertura della Corte sulla verifica dei poteri, tra tutela dell'autonomia parlamentare e garanzia dei diritti di elettorato passivo*, *ivi*, 3620 ss.; L. TRUCCO, *Il contenzioso elettorale politico di nuovo al vaglio dei giudici della Consulta*, in *Rass. parl.*, 4/2009, 1203 ss.; P. TORRETTA, *Quale giudice per il contenzioso pre-elettorale politico? Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 259 del 2009*, [Forum di Quaderni costituzionali](#), 26 aprile 2010.

³⁴ *Considerato in diritto*, n. 3.

³⁵ Così, F. BIONDI, *La verifica dei poteri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il Filangieri. Quaderno 2019 – Evoluzione e prospettive della verifica dei poteri*, 73 ss. L'autrice osserva giustamente che «portando ad estreme conseguenze la necessità di interpretare restrittivamente l'art. 66 Cost., in quanto deroga alla giurisdizione, si dovrebbe invece ritenere che tale soluzione sia costituzionalmente “dovuta”, e non solo costituzionalmente “possibile”. Ragionare diversamente – ritenere, cioè, che il contenzioso pre-elettorale possa essere indifferentemente assegnato alla giurisdizione comune o alle Camere – significherebbe ammettere che i limiti della verifica dei poteri delineata dalla Costituzione sono nella mera disponibilità del legislatore» (p. 74). Cfr. anche, della stessa, *Giudice amministrativo e procedimento elettorale: verso la riforma dell'art. 66 della Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 3/2009, 687 ss.; *Ancora sulle controversie attinenti al giudizio elettorale preparatorio*, in *Quad. cost.*, 1/2011, 120 ss.

³⁶ Così, M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in E. Catelani, F. Donati, M.C. Grisolia (a cura di), *La giustizia elettorale*, Napoli 2013, 31 ss.

Un'ultima pronuncia rilevante è la [sent. n. 236/2010](#), testualmente riferita all' 83-*undecies* del d.p.r. n. 570/1960, dichiarato incostituzionale, per violazione degli artt. 24 e 113 Cost.³⁷, nella parte in cui esclude la possibilità di un' autonoma impugnativa degli atti del procedimento preparatorio alle elezioni comunali, ancorché immediatamente lesivi, anteriormente alla proclamazione degli eletti. Pur non essendo relativa alle elezioni politiche, in tale sentenza la Corte fa un'affermazione importante, ripresa e ampliata nella pronuncia in commento, ovvero quella secondo la quale «la posticipazione dell'impugnabilità degli atti di esclusione di liste o candidati ad un momento successivo allo svolgimento delle elezioni preclude la possibilità di una tutela giurisdizionale efficace e tempestiva delle situazioni soggettive immediatamente lese dai predetti atti [...] Infatti, posto che l'interesse del candidato è quello di partecipare ad una determinata consultazione elettorale, in un definito contesto politico e ambientale, ogni forma di tutela che intervenga ad elezioni concluse appare inidonea ad evitare che l'esecuzione del provvedimento illegittimo di esclusione abbia, nel frattempo, prodotto un pregiudizio»³⁸. Pertanto, «gli atti relativi al procedimento preparatorio alle elezioni, come l'esclusione di liste o di candidati, debbono poter essere impugnati immediatamente, al fine di assicurare la piena tutela giurisdizionale, ivi inclusa quella cautelare, garantita dagli artt. 24 e 113 Cost.»³⁹.

4. Le novità introdotte dalla [sent. n. 48/2021](#).

Da questo punto di vista la [sent. n. 48/2021](#) si lascia apprezzare per chiarezza e rigore argomentativo e linearità delle soluzioni immaginate.

Il fulcro della pronuncia è costituito dall'affermazione secondo cui l'art. 66 Cost. deve essere interpretato restrittivamente, per arginare una zona franca nella tutela giurisdizionale e nella giustizia costituzionale, incompatibile con i postulati di uno Stato di diritto; interpretando "autenticamente" la [sent. 259/2009](#), ma, a monte, le sentenze precedenti, la Corte afferma che già in essa era stato affermato che «la forza precettiva dell'art. 66 Cost. non copre il contenzioso pre-elettorale, che perciò ben può essere escluso dal perimetro di efficacia della norma costituzionale»⁴⁰; poiché la *ratio* di tale disposizione è quella di «garantire l'autonomia delle Assemblee parlamentari nella decisione circa le controversie relative ai titoli di ammissione dei propri componenti e perciò, deve intendersi, dei proclamati eletti, e solo di questi ultimi», essa «non sottrae affatto al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti, la competenza a conoscere della violazione del diritto di elettorato passivo nella fase antecedente alle elezioni, quando non si ragiona né di componenti eletti di un'assemblea parlamentare né dei loro titoli di ammissione»⁴¹.

Per inciso, all'inattuazione dell'art. 44 allude la [sent. n. 35/2017](#) per giustificare la via dell'accesso attraverso un'azione di accertamento, perché, diversamente, «in relazione alle elezioni politiche nazionali, il diritto di voto non potrebbe altrimenti trovare tutela giurisdizionale», «permanendo l'esigenza di evitare, con riferimento alla legge elettorale politica, una zona franca rispetto al controllo di costituzionalità attivabile in via incidentale»: *Considerato in diritto*, n. 3.1.

³⁷ Peraltro sul punto la Corte soggiunge che anche gli artt. 6 e 13 della Cedu, nella parte in cui garantiscono un «diritto ad un ricorso effettivo, che verrebbe vanificato laddove l'art. 83-*undecies* del d.p.r. n. 570 del 1960 fosse inteso nel senso di escludere l'impugnabilità immediata degli atti relativi al procedimento preparatorio alle elezioni, come l'esclusione di liste o di candidati, che siano immediatamente lesivi di situazioni giuridiche soggettive»: *considerato in diritto*, n. 3.3. Sulla [sent. n. 236/2010](#), in particolare, R. CHIEPPA, *Riflessi della sent. n. 236 del 2010 sulla tutela degli atti di procedimento preparatorio alle elezioni (codice del processo amministrativo e procedimento elettorale politico)*, in *Giur. cost.*, 4/2010, 2905 ss.; E. LEHNER, *Finalmente sancita l'immediata impugnabilità degli atti preliminari alle elezioni locali e regionali*, *ivi*, 2908 ss.; P. QUINTO, *L'art. 129 del Codice del processo amministrativo, il «caso Piemonte», il monito della Corte Costituzionale: un decreto correttivo?*, in [Giustizia Amministrativa](#).

³⁸ *Considerato in diritto*, n. 3.

³⁹ *Considerato in diritto*, n. 3.1.

⁴⁰ *Considerato in diritto*, n. 4.2.

⁴¹ *Considerato in diritto*, n. 4.3. Si è parlato di un approccio «distintivista e restrittivo» della Corte che ha determinato «una ulteriore levigatura interpretativa della norma costituzionale sulla "verifica dei poteri" (ex art. 66 Cost.)» "livellata" sulla sola decisione circa le controversie relative ai titoli di ammissione dei propri componenti: L. TRUCCO, *Diritti politici*

Le considerazioni che precedono portano quindi la Corte ad affermare anche in questa materia un diritto alla tutela giurisdizionale, principio supremo dell'ordinamento costituzionale che, come tale, deve trovare un'esplicitazione massima nell'ordinamento (come sostenuto fino dalla [sentt. nn. 98/1965](#) e [18/1982](#)): sul punto le affermazioni del giudice delle leggi sono assolutamente nette, assai più che nelle pronunce ricordate nel par. 3: «L'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli artt. 24 e 113 Cost., da annoverarsi tra quelli inviolabili e caratterizzanti lo stato democratico di diritto. “Né è contestabile che il diritto al giudice ed a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo” ([sentenza n. 238 del 2014](#))»⁴². È quindi la “grande regola” del diritto al giudice e alla tutela giurisdizionale effettiva dei diritti (sul punto, la pronuncia si richiama alla [sent. n. 262/2017](#)) a imporre un'interpretazione restrittiva dell'art. 66 Cost.

Tale conclusione si impone alla stregua del rilievo del diritto di elettorato passivo, in quanto diritto politico fondamentale, essenziale nell'ottica del principio democratico⁴³, «che l'art. 51 Cost. garantisce a ogni cittadino con i caratteri propri dell'invulnerabilità ex art. 2 Cost.»⁴⁴. Peraltro, come è stato giustamente osservato, la novità della [sent. n. 48/2021](#) non è data tanto da tale qualificazione, quanto dall'esigenza che anche il diritto in questione sia assistito da una tutela giurisdizionale effettiva, efficace e tempestiva⁴⁵: sul punto la Corte osserva efficacemente che «previsione del diritto inviolabile e garanzia del ricorso al giudice per assicurarne la tutela devono insomma coesistere e sorreggersi reciprocamente»⁴⁶. In tal modo, quindi, la Corte porta a compimento un percorso, iniziato con le [sentt. nn. 1/2014](#) e [35/2017](#), di “riallineamento” in senso espansivo della tutela del diritto di elettorato passivo rispetto al diritto di elettorato attivo⁴⁷, ampiamente motivato ed esemplificato con riferimento all'accertamento delle situazioni di incandidabilità in ordine alla quale l'unico rimedio previsto è il ricorso all'Ufficio centrale nazionale, cosicché «si è in presenza di una zona franca dalla giustizia costituzionale, e dalla giustizia *tout-court*, [...] che non è accettabile in uno Stato di diritto»⁴⁸. Infatti, sul punto la sentenza ribadisce che l'attività di controllo posta in essere dagli uffici previsti dal d.p.r. 361/1957 ha natura amministrativa: il fatto che siano collocati presso le Corti d'appello e la Corte di cassazione «non comporta che i collegi medesimi siano inseriti nell'apparato giudiziario, evidente risultando la carenza, sia sotto il profilo funzionale sia sotto quello strutturale, di un nesso organico di compenetrazione istituzionale che consenta di ritenere che essi costituiscano sezioni specializzate degli uffici giudiziari presso cui sono costituiti»⁴⁹. A ciò si aggiunga il già richiamato, costante orientamento delle Giunte parlamentari, che esclude la possibilità di un loro sindacato sulle esclusioni di contrassegni, liste o candidati, decise prima dello svolgimento delle elezioni.

5. Il “seguito” della [sent. n. 48/2021](#).

Occorre a questo punto interrogarsi sul “seguito” della sentenza in questione. Sono in particolare tre le indicazioni che si traggono da essa, e compendiate nel n. 4 del *considerato in diritto*:

fondamentali: la Corte spinge per ampliare ulteriormente la tutela (a margine della sent. n. 48 del 2021), in questa [Rivista, 2021/I](#), 285.

⁴² *Considerato in diritto*, n. 4.3.

⁴³ A ciò si aggiunga che, di fatto, a partire dagli anni novanta le controversie in materia sono decisamente cresciute, in quantità e rilevanza, e ciò in correlazione «con l'indebolimento del tradizionale sistema dei partiti ed il prodursi di un clima politico oltremodo conflittuale»: L. TRUCCO, *Diritti politici fondamentali*, cit., 283.

⁴⁴ *Considerato in diritto*, n. 4.3.

⁴⁵ Sul punto, in particolare, M. MANCINI, *Tre manifesti a Palazzo della Consulta, Roma: la Corte traccia la via, del legislatore e dei giudici l'onere di percorrerla (a margine della sentenza n. 48 del 2021)* (in corso di pubblicazione).

⁴⁶ *Considerato in diritto*, n. 4.3.

⁴⁷ L. TRUCCO, *Diritti politici fondamentali*, cit., 286.

⁴⁸ *Considerato in diritto*, n. 4.4.

⁴⁹ *Considerato in diritto*, n. 4.1.

a) l'intervento del legislatore è qualificato come «necessario» e, solo in attesa di esso, «l'azione di accertamento di fronte al giudice ordinario – sempre che sussista l'interesse ad agire (art. 100 cod. proc. civ.) – risulta l'unico rimedio possibile per consentire la verifica della pienezza del diritto di elettorato passivo e la sua conformità alla Costituzione»;

b) il legislatore dovrà delineare «un rito *ad hoc*, che assicuri una giustizia pre-elettorale tempestiva», in quanto «è la stessa Costituzione a disporre termini stringenti (in base all'art. 61 Cost., le elezioni delle nuove Camere devono svolgersi entro 70 giorni dalla fine delle precedenti)»; sul punto, per inciso, la previsione di questo termine, che risponde a un'esigenza garantistica intuibile, non è assistita da alcuna deroga, pure in presenza di circostanze che potrebbero rendere fattualmente impossibile lo svolgimento delle consultazioni elettorali⁵⁰;

c) richiamandosi alla [sent. n. 236/2010](#), riferita «alle elezioni amministrative, ma con considerazioni estensibili a quelle politiche nazionali», la Corte ammonisce sul fatto che «la posticipazione dell'impugnabilità degli atti di esclusione di liste o candidati ad un momento successivo allo svolgimento delle elezioni preclude la possibilità di una tutela giurisdizionale efficace e tempestiva delle situazioni soggettive immediatamente lese dai predetti atti, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 Cost. Infatti, posto che l'interesse del candidato è quello di partecipare ad una determinata consultazione elettorale, in un definito contesto politico e ambientale, ogni forma di tutela che intervenga ad elezioni concluse appare inidonea ad evitare che l'esecuzione del provvedimento illegittimo di esclusione abbia, nel frattempo, prodotto un pregiudizio»⁵¹.

Occorre allora chiedersi come configurare questo rito *ad hoc* e con quale fonte.

Sul punto, la stessa [sent. n. 48/2021](#) si richiama alla disposizione di delega che ha consentito l'adozione del codice del processo amministrativo, ovvero l'art. 44, comma 2, lett. d), della l. 69/2009. In particolare, esso prevedeva l'introduzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti gli atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo di Camera e Senato «mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni»⁵².

Il testo messo a punto dall'apposita Commissione istituita presso il Consiglio di Stato aveva dato attuazione a tale previsione di delega (artt. da 143 a 145)⁵³. È interessante ricordare come la relazione di tale Commissione avesse dato conto delle difficoltà riscontrate nella definizione del rito, riconducibili alle seguenti:

a) i tempi ristretti del procedimento elettorale sostanziale, dato il già richiamato vincolo costituzionale a che le elezioni politiche si svolgano entro 70 giorni dallo scioglimento delle Camere;

b) la necessità di considerare anche la particolare tempistica per il voto degli italiani all'estero;

c) il vincolo derivante dalla delega, la quale imponeva che il processo si chiudesse in tempo utile per la data delle elezioni;

d) l'esigenza che il processo si concluda non solo prima della data delle elezioni, ma anche prima dell'inizio della campagna elettorale, per assicurare che tutti i concorrenti competessero in condizione di parità;

e) la scelta della Commissione speciale, tenuto conto del dibattito svoltosi nell'ambito della Commissione stessa, di salvaguardare il doppio grado di giudizio, escludendo quindi l'eventualità di un giudizio in unico grado davanti al Consiglio di Stato.

In concreto, era previsto che il giudizio amministrativo, in doppio grado, sostituisse il ricorso amministrativo all'Ufficio elettorale nazionale. Il processo era articolato in tempi brevissimi sia per

⁵⁰ Si pensi a quanto avvenuto in occasione della pandemia, e in particolare nella prima fase di essa, nella quale è stata decisa la posticipazione di un *referendum* costituzionale: sul punto, sia consentito un rinvio a G. TARLI BARBIERI, *Il rinvio delle elezioni in tempo di Coronavirus nell'ottica delle fonti del diritto*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2020, 935 ss.

⁵¹ *Considerato in diritto*, n. 3.

⁵² E ciò a seguito di un emendamento approvato dalla 1^a Commissione permanente della Camera in terza lettura, praticamente senza alcun dibattito.

⁵³ Il testo della relazione è rinvenibile in [Giustizia Amministrativa](#).

il ricorso che per la sua decisione, con la possibilità che l'udienza avvenisse anche in giorno festivo e la sentenza fosse pubblicata in udienza. Le notificazioni sarebbero state sostituite da adeguati equipollenti mediante utilizzo di fax, posta elettronica, pubbliche affissioni.

Come è noto, il Governo non ha dato seguito alla proposta della Commissione in quanto, come si legge nella relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo, «i tempi serrati della fase preparatoria delle elezioni politiche – insuperabili per il vincolo posto dall'articolo 61 della Costituzione [...] hanno sconsigliato il Governo dall'intraprendere la via della soppressione del procedimento amministrativo di competenza dell'Ufficio elettorale centrale nazionale presso la Corte di cassazione ipotizzata dalla Commissione redigente»⁵⁴.

Si può convenire con la dottrina che ha sottolineato come la tesi del Governo risultasse poco convincente e comunque immotivata⁵⁵; tuttavia, fino ad oggi essa ha finito per perpetuare una soluzione, quella dell'assenza di una tutela giurisdizionale, assolutamente inaccettabile, a maggior ragione in quanto l'impropria attrazione della materia elettorale alle Camere in sede di verifica dei poteri ha finito per posticipare il contenzioso ad un momento successivo all'insediamento degli organi neoeletti⁵⁶, e ciò in violazione della richiamata [sent. 236/2010](#) che allude all'esigenza di assicurare una tutela piena, efficace e tempestiva⁵⁷.

D'altra parte, non ha avuto alcun seguito il parere della 1^a Commissione permanente della Camera sullo schema di decreto legislativo che si era richiamato alla «opportunità di dare attuazione al criterio di delega di cui all'articolo 44, comma 2, lettera d), seconda parte, della legge n. 69 del 2009» perché «l'assenza di tutela giurisdizionale va valutata alla luce del diritto di agire in giudizio e del diritto alla tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione riconosciuta dagli articoli 24 e 113 della Costituzione, nonché dall'articolo 6 CEDU, come rilevato anche dalla Giunta delle elezioni della Camera nella seduta del 22 luglio 2008»⁵⁸.

Se quindi la mancata attuazione della delega di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009 si può considerare un'occasione perduta⁵⁹, le proposte elaborate dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato possono senz'altro costituire quantomeno un utile punto di riferimento per il legislatore a seguito della [sent. n. 48/2021](#).

Quanto all'individuazione del giudice competente, ostacoli ad accogliere soluzioni simili a quelle della bozza di decreto legislativo non si rinvencono nella pronuncia in questione la quale allude al giudice ordinario «quale giudice naturale dei diritti»⁶⁰ ma ammette anche la possibilità, se prevista dalla legge, di affermare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. D'altra parte, quest'ultima possibile scelta si radicherebbe nell'art. 103, comma 1, Cost., né essa sembra collidere con la giurisprudenza costituzionale che qualifica la giurisdizione esclusiva come un'eccezione rispetto alla regola generale del riparto di giurisdizione ([sentt. n. 204/2004](#) e [281/2004](#))⁶¹.

⁵⁴ Senato della Repubblica, XVI legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare, *Schema di decreto legislativo recante «Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo»* (n. 212), 95, rinvenibile nel [sito web del Senato](#).

⁵⁵ M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale*, cit., 69 ss.; G. PELLEGRINO, *Art. 126*, in A. Quaranta, V. Lopilato (a cura di), *Il Processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano 2011, 1045 ss.

⁵⁶ M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale*, cit., 69.

⁵⁷ Non solo, ma, come si è già ricordato, prima della pronuncia in commento, nei casi delle esclusioni di liste o candidati che fossero avvenute nel corso del procedimento elettorale preparatorio, risultava di fatto impedita «anche una qualunque forma di tutela “post-elettorale”, in forza del [...] conflitto negativo tra le Sezioni Unite della Cassazione e le Giunte delle elezioni di Camera e Senato»: M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale*, cit., 69-70.

⁵⁸ Camera dei deputati, XVI legislatura, 1^a Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni), 16 giugno 2010, allegato 6 – Schema di decreto legislativo recante riordino del processo amministrativo. (Atto n. 212), Rilievi deliberati dalla Commissione, *Boll. Giunte e Comm. parl.*, 36.

⁵⁹ Così, P. TORRETTA, *Verifica dei poteri*, cit., 186 ss.

⁶⁰ «Come emerge dai lavori dell'Assemblea costituente, il tenore dell'art. 66 Cost. non sottrae affatto al giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti, la competenza a conoscere della violazione del diritto di elettorato passivo nella fase antecedente alle elezioni, quando non si ragiona né di componenti eletti di un'assemblea parlamentare né dei loro titoli di ammissione»: *considerato in diritto*, n. 4.4.

⁶¹ Sul punto, M. MANCINI, *Tre manifesti*, cit., par. 5.

Peraltro, anche una tale soluzione dovrebbe farsi carico di problemi che forse il testo della Commissione istituita presso il Consiglio di Stato risolveva in modo probabilmente generico e perciò insoddisfacente: il pensiero corre al rapporto tra le future tutele giurisdizionali pre-elettorali e i poteri delle Camere di cui all'art. 66 Cost. Sul punto, il testo della Commissione si limitava a prevedere (art. 145) che «le decisioni giurisdizionali di cui agli articoli 143 e 144 non interferiscono con l'esercizio, da parte di ciascuna Camera, dei poteri di cui all'articolo 66 della Costituzione».

Una tale previsione apre evidentemente problemi circa i rispettivi ambiti spettanti ai due soggetti, oltre a non disciplinare l'eventualità che fatti, situazioni o comportamenti non oggetto di pronuncia giurisdizionale possano inficiare la proclamazione degli eletti.

Il punto è da rimarcare perché *de iure condito*, come accenno, le Giunte per le elezioni si sono dichiarate competenti a conoscere di ogni fase del procedimento elettorale, compresa quella precedente l'apertura dei seggi, ma esclusivamente ai fini del giudizio sulla corretta composizione dell'organo elettivo. Si sono inoltre evidenziati dubbi sulla competenza a conoscere eventuali violazioni del diritto di elettorato passivo tra il momento della proclamazione e quello della convalida delle elezioni⁶².

Sul piano delle fonti, l'intervento con legge ordinaria appare indubbiamente preferibile e, vorrei dire, alla portata anche sul piano temporale. È semmai da rimarcare l'urgenza dell'intervento del legislatore, che dovrebbe non cadere nella tentazione di rinviare ogni decisione all'approvazione (tutt'altro che certa, alla luce del contesto politico) di nuove leggi elettorali per il Parlamento nazionale⁶³.

Non si può escludere peraltro come nel 2009 l'uso della delega, anche se esso appare quantomeno inopportuno trattandosi di una materia per così dire “di confine” con prerogative parlamentari riconosciute come tali dalla Costituzione⁶⁴.

6. Dopo la [sent. n. 48/2021](#): ripensare l'art. 66 Cost.?

Da ultimo, viene da chiedersi se i contenuti della [sent. n. 48/2021](#) non costituiscano un fattore ulteriore che dovrebbe indurre a una riflessione di carattere più generale relativa all'attualità dell'art. 66 Cost.⁶⁵. È stato infatti notato che anche recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte Edu⁶⁶, superando propri precedenti ispirati da maggiore prudenza⁶⁷, sembrano riproporre l'esigenza di

⁶² L. TRUCCO, *Diritti politici fondamentali*, cit., 287.

⁶³ In senso conforme, G. AZZARITI, *Il procedimento elettorale preparatorio*, cit., 5, sul presupposto del carattere costituzionalmente necessario dell'intervento del legislatore e del minor tasso di politicità e criticità rispetto al possibile obiettivo di collegare la riforma a quella propriamente elettorale.

⁶⁴ Così, G. AZZARITI, *Il procedimento elettorale preparatorio*, cit., 7, il quale peraltro ammette la possibilità di «una delega [...] “a maglie strette”, ovvero con indicazioni puntuali per il Governo, il quale, seppure legislatore delegato, non dovrebbe avere molto spazio di intervento su una materia propriamente parlamentare e pur sempre collegata alle modalità di formazione dell'organo costituzionale».

⁶⁵ In questo senso, era stato ipotizzato che l'attuazione della delega di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009 potesse costituire un primo passo in vista della revisione dell'art. 66 Cost.: A. PAJNO, *la fase preparatoria delle elezioni politiche e il contenzioso elettorale in Italia*, in G.C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale, E. Griglio (a cura di), *Le evoluzioni della legislazione elettorale «di contorno» in Europa*. Atti del III Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni costituzionali, Padova 2011, 315.

⁶⁶ Il riferimento è a Corte europea dei diritti dell'uomo, Gr. Ch., *Mugemangango c. Belgium* (Ricorso n. 310/15), del 10 luglio 2020 sulla quale L. TRUCCO, *Diritti politici fondamentali*, cit., 286 ss. e, della stessa, *La verifica dei poteri torna (dal Belgio) a Strasburgo: ultimo avviso anche per l'Italia?*, in *Quad. cost.*, 1/2021, 241 ss.; G. AZZARITI, *Il procedimento elettorale preparatorio*, cit., 8.

⁶⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. III, *Grosaru c. Romania* (Ricorso n. 78039/01), 2 giugno 2010, n. 28 della parte *in fatto* (il testo in italiano è rinvenibile nel sito web dell'[Osservatorio CEDU](#)). Peraltro, sul punto, la Corte ammette che «la Commissione di Venezia, tuttavia, si dimostra cauta in via generale quanto all'effettività di questo tipo di ricorso, sembrando considerare con molte riserve l'imparzialità di tali organi». Nello stesso senso, con riferimento all'Italia la Corte ha affermato che «conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, i procedimenti riguardanti il contenzioso elettorale esulano dal campo di applicazione dell'articolo 6, in quanto riguardano l'esercizio di diritti a carattere politico

individuare un presidio giurisdizionale di ultima istanza a presidio di tutte le fasi in cui si dipana la procedura elettorale⁶⁸.

In definitiva, è il diritto fondamentale dei cittadini ad accedere alle cariche elettive che le procedure di cui all'art. 66 Cost. finiscono per mettere in discussione⁶⁹, così come appare lesa l'art. 111 Cost., difettando la terzietà del giudizio⁷⁰; il tutto aggravato dal fatto che i tempi di decisione, spesso assai lunghi, risentono sia del contesto politico che della "rilevanza politica" della controversia.

Più in generale, nella prassi la verifica dei poteri è un istituto che, pur governato formalmente da regole e garanzie tipiche dei procedimenti giurisdizionali, è stato «completamente riassorbito nella contesa politica e quindi soggetto alla più schietta ottica partigiana» e pertanto «le determinazioni relative al procedimento di convalida sono dettate esclusivamente dalla dinamica contingente tra gli schieramenti»⁷¹, così confermando una impressione «di privilegio e di chiusura»⁷²; il tutto aggravato, come si è accennato, da una crescente complessità delle controversie dal punto di vista tecnico-giuridico⁷³.

Occorre allora aprire un dibattito sulla persistente attualità del modello italiano di verifica dei poteri, che appare, come accennato, ormai recessivo *rispetto alle tendenze degli altri ordinamenti europei*⁷⁴ (e non solo), nei quali «ha prevalso un giudizio di inadeguatezza delle Camere allo svolgimento di tale compito»⁷⁵, come osservato anche nella "Relazione finale del gruppo di lavoro sulle riforme istituzionali" istituito dal Capo dello Stato il 30 marzo 2013⁷⁶.

*Nell'attuale legislatura il Ministro per i rapporti con il Parlamento e la democrazia diretta Fraccaro durante il Governo Conte I ha alluso alla revisione dell'art. 66 Cost.*⁷⁷, ispirata ad una ratio simile a quella fatta propria dal testo elaborato dalla Commissione D'Alema nella XIII

e che non sono dunque relativi a "diritti e doveri di carattere civile" o la "fondatezza di un'accusa penale": Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 13 marzo 2012, *Saccomanno ed altri c. Italia*, (Ric. n. 11583/08), 13 marzo 2012, n. 78 della parte in diritto.

Sulla giurisprudenza Edu sul punto, prima dei recenti sviluppi, per tutti, D. GIROTTO, *Giudicare le elezioni: l'implementazione dei principi codificati dal Consiglio d'Europa e il caso italiano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2011, 1563 ss.

⁶⁸ L. TRUCCO, *Diritti politici fondamentali*, cit., 287. Sul punto si è parlato della giustizia elettorale come una sorta di "quarto potere dello Stato", essendo chiamata a svolgere un ruolo fondamentale e sempre più decisivo negli ordinamenti contemporanei, trattandosi di una fase «collocata dentro il diritto, ma ai confini della politica, che rappresenta precisamente l'elemento determinante per eccellenza dell'indole democratica di un ordinamento» e, come tale, ormai di primaria rilevanza nel costituzionalismo contemporaneo: L. PEGORARO, *Conclusioni. Infine, chi controlla le elezioni?*, in L. Pegoraro, G. Pavani, S. Pennicino (a cura di), *Chi controlla le elezioni?*, cit., 354.

⁶⁹ Per tutti, M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale*, cit., 9 ss.; G.E. VIGEVANI, *Stato democratico ed eleggibilità*, Milano 2001, 241 ss.; S. TOSI, *Diritto parlamentare*, Milano 1993, 68 ss.

⁷⁰ Oltre a M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale*, cit., 71 ss., cfr., in particolare, F.G. SCOCA, *Elezioni politiche*, cit.; E. LEHNER, *L'apertura condizionata*, cit.

⁷¹ M. CERASE, *Art. 66*, cit., 1283.

⁷² «Tutte le giurisdizioni domestiche sono espressione di privilegio e di chiusura, non potendosi altrimenti giustificare in un ordine costituzionale nel quale le stesse garanzie debbono valere per tutti i soggetti dell'ordinamento, al di là e al di sopra di status particolari»: G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova 2001, 453.

⁷³ L. CIAURRO, *I parlamentari giudici di se stessi*, cit., 310.

⁷⁴ L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino 2011, 235, osserva che «se si mettono da parte gli ordinamenti nei quali l'opzione a favore della devoluzione alle assemblee parlamentari della competenza sull'ammissione dei propri componenti risente dell'ininterrotta presenza della monarchia nel quadro costituzionale, tra gli ordinamenti in cui perdurante è la verifica dei poteri "integrale" resta solo l'Italia».

⁷⁵ M. MANETTI, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, in A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000, 122. *Peraltro, con l'espressione "controllo elettorale" il diritto comparato ammette soluzioni anche assai diversificate, ricomprendendo nella nozione anche attività amministrative/gestionali e giurisdizionali*: L. PEGORARO, *Conclusioni*, cit., 353.

⁷⁶ Il testo della Relazione è rinvenibile nel sito web della [Presidenza della Repubblica](http://www.presidentza.gov.it).

⁷⁷ Camera dei deputati, XVIII legislatura, Commissioni riunite Affari costituzionali della Presidenza del Consiglio e interni (I) della Camera dei deputati, Affari costituzionali, affari della Presidenza del Consiglio e dell'interno, ordinamento generale dello Stato e della pubblica amministrazione (1a) del Senato della Repubblica, seduta del 12 luglio 2018, res. sten., 7.

*legislatura*⁷⁸: le Camere conserverebbero le competenze attuali ma con la previsione di un termine ragionevole entro il quale i giudizi di cui all'art. 66 Cost. dovrebbero concludersi, consentendo alle parti interessate di ricorrere alla Corte costituzionale contro le decisioni parlamentari o nel caso di inerzia⁷⁹.

Una tale riforma sembra in linea sia con le indicazioni contenute nel *Codice di buona condotta in materia elettorale* della Commissione di Venezia del 2002 (nel quale si legge che «l'organo di appello in materia elettorale dovrebbe essere una commissione elettorale o un tribunale. Per i ricorsi al Parlamento, è possibile presentare ricorso in prima istanza. In ogni caso, deve essere possibile il ricorso finale in tribunale»⁸⁰), sia con i periodici rapporti dell'Odihr sulle elezioni parlamentari italiane. Già in quello riferito alle elezioni del 2006⁸¹ si richiamava l'esigenza di garantire una tutela giurisdizionale efficace, tanto che, con riferimento a quest'ultimo documento si è parlato di «non pochi punti di frizione» con il sistema di verifica parlamentare di cui all'art. 66 Cost.⁸²; in quello riferito alle elezioni parlamentari del 4 marzo 2018 tra le raccomandazioni prioritarie si legge: «Si dovrebbe prendere in considerazione la possibilità di prevedere esplicitamente il diritto di impugnare i risultati elettorali dinanzi a un organo giurisdizionale competente come autorità di ultima istanza. Per garantire il diritto a un ricorso efficace e tempestivo, la legislazione dovrebbe prevedere termini adeguati per decidere in merito ai ricorsi elettorali presentati a tutti i livelli del processo elettorale. Le informazioni sui ricorsi e sulle richieste presentate dovrebbero essere messe a disposizione del pubblico»⁸³.

Pur con la consapevolezza dei problemi che anche riforme sul punto potrebbero presentare⁸⁴, è ormai il tempo di affrontare con coraggio e prudenza il tema di un intervento correttivo sull'art. 66 Cost.

7. Gli altri (rilevanti) motivi di interesse della [sent. n. 48/2021](#): la disciplina della raccolta delle firme e le (discutibili) fattispecie di esenzione dall'obbligo delle sottoscrizioni.

Dalla [sent. n. 48/2021](#) si ricavano poi significative indicazioni, con riferimento al numero di firme richiesto per la presentazione delle liste e alla disciplina delle esenzioni dalla raccolta delle sottoscrizioni, che dovrebbero essere oggetto di riflessione e, forse, di modifiche legislative.

Dalla pronuncia in commento, innanzitutto, emerge la conferma del rilievo primario, istituzionale e politico, della c.d. “legislazione di contorno” che invece appare troppo spesso trascurato dal

⁷⁸ Sulla quale, in particolare, M. MANETTI, *L'accesso alla Corte costituzionale*, cit.

⁷⁹ L. SPADACINI, *Prospettive di riforma costituzionale nella XVIII legislatura*, in *Astrid Rassegna*, 13/2018, 6.

⁸⁰ Sul codice (reperibile nel sito web della [Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa](#)), cfr., da ultimo, G. PICCIRILLI, *L'aggiramento del «codice di buona condotta elettorale» nel sistema di tutele del procedimento elettorale italiano*, in E. Catelani, F. Donati, M.C. Grisolia (a cura di), *La giustizia elettorale*, cit., 151 ss. e, dello stesso, *Il disallineamento del sistema italiano di verifica dei poteri rispetto al «patrimonio elettorale europeo»*, in *Il Filangieri. Quaderno* 2019, cit., 193 ss.

⁸¹ Sul Rapporto cfr., in particolare, G. PICCIRILLI, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedurali*, in *Rass. parl.*, 3/2006, 785 ss.

⁸² G. PICCIRILLI, *L'aggiramento*, cit., 156; D. GIROTTO, *Giudicare le elezioni*, cit., 1580 ss.

⁸³ Osce, Odihr, Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti dell'Uomo, *Repubblica italiana. Elezioni parlamentari 4 marzo 2018. Rapporto finale della missione di valutazione elettorale dell'ODIHR*, al [sito web dell'OSCE](#), 20.

⁸⁴ La soluzione di affidare i giudizi in questione alla Corte costituzionale non è priva di controindicazioni sul piano del funzionamento della Corte stessa e dei suoi rapporti con il potere politico. Dal primo punto di vista, ogni ipotesi di revisione intesa ad incrementare le competenze dell'organo di giustizia costituzionale deve essere attentamente valutata alla luce del rischio di “sovraccarico” di lavoro; dal secondo punto di vista, la competenza in questione rischia di “esporre” la Corte nei rapporti con il potere politico: sul punto, per tutti, P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 712; M. MANETTI, *L'accesso alla Corte costituzionale*, cit.; L. CIAURRO, *Parlamentari giudici di se stessi?*, cit., 314 ss.

legislatore (e non solo)⁸⁵. È noto infatti che essa appare in non pochi aspetti, e non solo con riferimento al contenzioso riferito alle elezioni politiche, arretrata e frammentaria o comunque meritevole di aggiornamenti, pur riguardando diritti fondamentali.

In questo senso è da ricordare che i dubbi di legittimità costituzionali sollevati dai ricorrenti atenevano all'effetto congiunto «di una pluralità di limiti all'esercizio del diritto di candidarsi ex art. 51, co. 1, Cost.» e, in particolare, «l'effetto moltiplicatore del numero minimo di sottoscrizioni (1.500) per l'ampio numero dei collegi in cui la raccolta deve essere effettuata; il ristretto intervallo temporale a disposizione a questo scopo, con l'eccezione del maggior intervallo consentito alle formazioni politiche che non si candidano in coalizione; il limitato ambito soggettivo dell'esenzione dal relativo onere; il connesso margine d'incertezza derivante dall'attribuzione ai regolamenti parlamentari, e non ad una fonte di rango costituzionale o legislativo, della disciplina circa la formazione dei gruppi parlamentari, presupposto determinante per beneficiare dell'esenzione dall'onere di raccolta; il grado d'incertezza ingenerato dalla prassi di attenuare, nell'imminenza dello scioglimento delle Camere, la disciplina dei presupposti legittimanti la partecipazione alla competizione elettorale»⁸⁶.

Le relative questioni di legittimità costituzionale sono state dichiarate inammissibili (per difetto di rilevanza quella relativa alla limitazione dell'esenzione dell'onere di raccolta delle sottoscrizioni ai partiti o gruppi politici costituiti in gruppo parlamentare in entrambe le Camere) o infondate (quella relativa alla sottoscrizione di almeno 1.500 elettori – la metà in caso di scioglimento anticipato superiore ai centoventi giorni rispetto alla scadenza naturale delle Camere – anziché di tali numeri ridotti a un quarto per la dichiarazione di presentazione delle liste di candidati per l'attribuzione dei seggi nel collegio plurinomiale).

Tuttavia, senza entrare nel merito delle argomentazioni della sentenza, occorre interrogarsi seriamente sulla legittimità costituzionale delle disposizioni legislative relative all'esenzione dalla raccolta delle firme riservate solo ad alcune formazioni politiche (quelle costituite in gruppo parlamentare in entrambe le Camere all'inizio della legislatura in corso al momento della convocazione dei comizi), a maggior ragione perché la “presunzione di rappresentatività” che dovrebbe sostenere questa fattispecie non sembra invocabile se non altro perché in un ramo del Parlamento (la Camera dei deputati) i criteri per la composizione dei gruppi sono ispirati a un criterio meramente numerico mentre nell'altro (il Senato), a partire dalla revisione del regolamento del 2017, è stato introdotto un criterio “politico”⁸⁷, che peraltro è stato in qualche modo “attenuato” in via interpretativa nell'attuale legislatura⁸⁸; a ciò si aggiungano le discutibili disposizioni legislative che hanno introdotto deroghe *ad hoc* (*ad partitum*, si potrebbe dire) in relazione alle consultazioni

⁸⁵ Sulla rilevanza della quale, per tutti, in generale, F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia*, Milano 2004, 295 ss.

⁸⁶ Si veda, nella [sent. n. 48/2021](#), il *considerato in diritto*, n. 1.

⁸⁷ Come è noto, ai sensi dell'art. 14, comma 4, del regolamento del Senato, nel testo risultante dalla revisione del 2017, «ciascun Gruppo dev'essere composto da almeno dieci Senatori e deve rappresentare un partito o movimento politico, anche risultante dall'aggregazione di più partiti o movimenti politici, che abbia presentato alle elezioni del Senato propri candidati con lo stesso contrassegno, conseguendo l'elezione di Senatori. Ove più partiti o movimenti politici abbiano presentato alle elezioni congiuntamente liste di candidati con il medesimo contrassegno, con riferimento a tali liste, può essere costituito un solo Gruppo, che rappresenta complessivamente tutti i medesimi partiti o movimenti politici. È ammessa la costituzione di Gruppi autonomi, composti da almeno dieci Senatori, purché corrispondenti a singoli partiti o movimenti politici che si siano presentati alle elezioni uniti o collegati. I Senatori che non abbiano dichiarato di voler appartenere ad un Gruppo formano il Gruppo misto».

⁸⁸ Si veda la costituzione prima del gruppo “Italia Viva-PSI” e poi del gruppo “Europeisti-MAIE-Centro democratico” costituito il 26 gennaio 2021 e poi precocemente sciolto il 29 marzo successivo per sopravvenuta insufficienza numerica. Sul punto, per tutti, G. MAESTRI, *Il nuovo gruppo “Psi-Italia viva” al Senato: le falle della riforma “antiframmentazione” del Regolamento*, in [laCostituzione.info](#), 19 settembre 2019; U. RONGA, *Partiti personali e vicende dei gruppi parlamentari nell'esperienza recente. Contributo allo studio della XVII e della XVIII Legislatura*, in [Federalismi.it](#), 12/2020, 227 ss.; M. PODETTA, *La nuova disciplina dei Gruppi al Senato tra demagogia riformista, dubbi costituzionali e distorsioni applicative*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2020, parte II, 197 ss.

immediatamente successive soprattutto nei casi (invero frequenti, alla luce della prassi) di approvazione di nuove leggi elettorali.

Con riferimento alla raccolta delle sottoscrizioni, la pronuncia di infondatezza della Corte appare analiticamente argomentata sia con riferimento alla *ratio* di tale istituto (in ciò richiamandosi alla [sent. n. 83/1992](#))⁸⁹, sia con riferimento alla necessità, ai fini dello scrutinio di ragionevolezza di tale disciplina, di tenere conto di numerose variabili quali il numero dei collegi istituiti sull'intero territorio nazionale, la loro dimensione e popolazione, il tipo di sistema elettorale adottato a livello nazionale, nonché la specifica formula elettorale con cui sono assegnati i seggi del singolo collegio, la possibilità o meno di presentare liste in coalizione, il numero dei soggetti abilitati alla raccolta e all'autenticazione delle sottoscrizioni, i termini previsti per le varie fasi del procedimento pre-elettorale, il modo in cui la legge di volta in volta configura l'elenco dei soggetti esonerati dall'onere di raccolta delle sottoscrizioni.

È comunque da rimarcare che la Corte riconosce «la ristrettezza dei tempi in cui le firme devono essere raccolte può senza dubbio costituire un aggravio (sul quale il legislatore potrebbe opportunamente intervenire)» e biasima i «frequenti mutamenti di disciplina a ridosso delle elezioni» nella raccolta delle firme, riconoscendo peraltro che essi «pur espressione di un non commendevole costume legislativo, nell'ambito di una disciplina che dovrebbe presentare i caratteri della stabilità e della certezza – esibiscono la costante natura di interventi più favorevoli, che diminuiscono l'onerosità degli adempimenti». In quanto tali «e, beninteso, purché tali» di essi non viene riscontrata la irragionevolezza manifesta⁹⁰.

La rilevanza istituzionale della raccolta delle firme, enfatizzata nella pronuncia in questione attraverso un richiamo alla [sent. n. 394/2006](#) (laddove si ricorda che il bene tutelato «è di rango particolarmente elevato, anche sul piano della rilevanza costituzionale, in quanto intimamente connesso al principio democratico della rappresentatività popolare: trattandosi di assicurare il regolare svolgimento delle operazioni elettorali ed il libero ed efficace esercizio del diritto di voto») si scontra con le tante difficoltà cui vanno incontro i soggetti tenuti a tale adempimento: sul punto, è all'esame del Senato una proposta di legge (A.S. 859) già approvata dalla Camera⁹¹, mentre misure significative di semplificazione in materia di procedimenti elettorali sono state introdotte in sede di conversione del d.l. n. 77/2021 (A.C. n. 3146-A) in particolare allo scopo di valorizzare l'utilizzazione di tecniche digitali nelle sottoscrizioni, che escludono la necessità delle autenticazioni, di consentire la possibilità di richiesta in formato digitale, tramite posta elettronica certificata, del certificato di iscrizione nelle liste elettorali, riportante i dati anagrafici degli elettorali e il loro numero di iscrizione alle liste elettorali di coloro che sottoscrivano liste di candidati, di ampliare il numero dei soggetti che possono procedere alle autenticazioni⁹².

Si tratta di innovazioni potenzialmente significative, anche perché il rapporto dell'Odihr sulle elezioni parlamentari italiane del 4 marzo 2018 raccomanda «l'introduzione di metodi per semplificare la raccolta delle firme e chiarire le disposizioni in materia della loro verifica»⁹³.

⁸⁹ In essa si afferma che l'imposizione di un numero minimo di sottoscrizioni ai fini della presentazione delle liste è giustificata «dalla duplice esigenza di garantire da un lato una certa consistenza numerica di base ad una compagine che mira ad assumere elettoralmente un ruolo di rappresentanza politico-amministrativa della comunità e di assicurare, dall'altro, a tale compagine un minimo di credibilità ed affidabilità»: *considerato in diritto*, n. 8.

⁹⁰ *Considerato in diritto*, n. 8.

⁹¹ Tale proposta di legge reca «Modifiche al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, concernente l'elezione della Camera dei deputati, e al testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 16 maggio 1960, n. 570, concernente l'elezione degli organi delle amministrazioni comunali, nonché altre norme in materia elettorale e di referendum previsti dagli articoli 75 e 138 della Costituzione».

⁹² Ulteriori e forse ancora più significativi strumenti di semplificazione sono introdotti anche con riferimento alla raccolta delle firme necessarie per uno dei *referendum* di cui agli artt. 75, 132 e 138 Cost.

⁹³ Osce, Odihr, Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti dell'Uomo, *Repubblica italiana. Elezioni parlamentari 4 marzo 2018*, cit., 11.

Lorenzo Spadacini

I diversi bilanciamenti tra principio democratico, libertà di voto e diritto alla salute nei rinvii delle scadenze elettorali a causa della situazione pandemica

ABSTRACT: *The paper faces the postponement of elections during pandemics in Italy. It assesses the necessity of a constitutional balancing among the democratic principle, in one hand, and the freedom of vote and the right to health, in the other. The former would require not to postpone the elections, the latter the opposite. The paper distinguishes the space of this balancing according to the different legal force of the sources of law, which regulate every specific election. It concludes that the postponement of elections in Italy during PANDEMICS shows lights and shadows. In fact, the postponement of the constitutional referendum and other elections during the first phase of pandemics seems to comply with a reasonable balancing of the constitutional values at stake, while the postponements in the second phase of pandemics seem to sacrifice excessively the democratic principle.*

SOMMARIO: 1. La necessità di un giudizio di bilanciamento. – 2. Il principio democratico e il rispetto delle scadenze elettorali. – 3. La necessità di rinvio delle elezioni a garanzia della libertà del voto e del diritto alla salute. – 4. La diversa discrezionalità del bilanciamento in relazione alle singole tipologie di scadenze elettorali. – 5. L’opportuna revoca dell’indizione del referendum costituzionale senza contestuale fissazione di una nuova data. – 6. Il decreto-legge di proroga del termine per l’indizione del referendum costituzionale. – 7. L’abbinamento del referendum costituzionale con le altre consultazioni elettorali. – 8. Il rinvio delle altre scadenze elettorali. – 9. Osservazioni conclusive.

1. La necessità di un giudizio di bilanciamento.

Il tema della variazione delle scadenze elettorali in relazione all’emergenza epidemiologica in corso¹, nell’ambito del bilanciamento tra i principi, le libertà e i diritti costituzionali² coinvolti,

¹ L’emergenza sanitaria dovuta al diffondersi del Coronavirus ha determinato, fin dai primi mesi, il rinvio delle elezioni previste per la primavera del 2020 non solo in Italia ma in oltre sessanta Paesi nel mondo, proprio in risposta all’esigenza di tutela della salute individuale e collettiva. Per la ricostruzione e l’esame della recente prassi degli Stati in materia di disciplina del voto a fronte della pandemia e della normativa internazionale di riferimento, cfr. A. DE GUTTRY, *Diritto di voto e pandemia: le norme internazionali e gli interventi degli organismi sovranazionali*, in [Federalismi.it](#), n. 2 del 2020, spec. 3, 4 e 6, il quale richiama il calendario elettorale pubblicato dal citato [International Foundation for Electoral Systems](#) (IFES), secondo cui nel 2020 erano previsti, a livello mondiale, oltre 100 appuntamenti elettorali (elezioni presidenziali, politiche, regionali e locali nonché alcuni referendum). L’Autore segnala, tra l’altro, che «se nei primi due mesi dell’anno, il calendario elettorale dei singoli Paesi è stato, sostanzialmente, rispettato, a partire da marzo 2020, inizio della fase acuta della pandemia, il numero delle elezioni svolte rispetto a quelle programmate è fortemente diminuito. Da marzo a fine maggio 2020, si sono svolte elezioni e referendum solo in 13 Stati. [...] Nello stesso periodo, e cioè a partire da marzo 2020 e nei mesi successivi, sono stati però posticipati, oltre 60 appuntamenti elettorali, alcuni dei quali addirittura *sine die*. Molti Paesi hanno anche proceduto alla proclamazione dello stato di emergenza nazionale, al fine di potere adottate misure straordinarie». In particolare, con riferimento al posticipo delle scadenze elettorali l’Autore richiama i dati dell’International Idea, [Global overview of COVID-19: Impact on elections](#). In particolare, ricorda, tra le disposizioni nazionali che hanno rinviato le elezioni ed i referendum che avrebbero dovuto tenersi nella fase acuta della pandemia, il [Coronavirus Act 2020](#), adottato dal Parlamento britannico, e la [Ley 21.22 I, Reforma constitucional que establece un nuevo itinerario electoral para el plebiscito constituyente y otros eventos electorales que indica](#), approvata in Cile, che ha rinviato la data del referendum sull’avvio di un processo di preparazione di una nuova Carta Costituzionale. Per un’attenta analisi circa il rinvio delle scadenze elettorali a causa della pandemia, cfr. G. TARLI BARBIERI, *Il rinvio delle elezioni in tempo di Coronavirus nell’ottica delle fonti del diritto*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2 del 2020, 936-982; M. SICLARI, *Votazioni ed emergenza sanitaria*, in [Nomos](#), n. 2 del 2020.

² Per la ricostruzione, l’illustrazione e l’analisi dell’evoluzione giurisprudenziale e dottrinarie in materia di bilanciamento, cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento* (giustizia costituzionale), in *Enc. Dir., Annali*, vol. II, tomo II, Milano, 2008, 185-204, e, in particolare, 185, 187 e 188, ove evidenzia come, in via generale, per bilanciamento possa intendersi «in maniera descrittiva, una tecnica di composizione di interessi o diritti in conflitto» e come sia ricorrente ritenere «non solo nella giurisprudenza, che il bilanciamento abbia ad oggetto beni di rango costituzionale. Tra questi non solo i diritti e i doveri fondamentali, ma anche meri interessi, soggettivi o oggettivi, purché costituzionalmente rilevanti». Al riguardo, l’Autore precisa che «accanto a quelli espressamente enunciati nel testo della Costituzione, la Corte costituzionale

implica una valutazione in punto di ragionevolezza delle modalità con cui è stata esercitata la discrezionalità riconosciuta al legislativo o all'esecutivo, a seconda dei casi, dalle norme che rilevano con riferimento a ciascuna di tali scadenze e in relazione all'entità del rinvio delle stesse³.

Come è noto, con specifico riferimento al legislatore, ma affermando un principio estensibile a tutte le autorità chiamate all'attuazione delle norme giuridiche, la Corte costituzionale ha dichiarato che «il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»⁴.

Il giudizio di bilanciamento⁵ è presente oramai da molto tempo nella giurisprudenza costituzionale italiana come strumento indispensabile per l'attuazione della Costituzione, che riconosce una pluralità di diritti e principi fondamentali in reciproca interazione e limitazione⁶. In proposito, la Corte costituzionale ha precisato che «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” ([sentenza n. 264 del 2012](#)). Se così non

ammette nel bilanciamento anche diritti o interessi ulteriori, talora desunti direttamente dai diritti positivizzati, talora immessi nell'ordinamento costituzionale per via della “lettura aperta” dell'art. 2 Cost. Invero, attraverso questa clausola i confini materiali del bilanciamento sono stati notevolmente estesi fino a ricomprendervi quasi tutti gli interessi emergenti dall'esperienza sociale, non solo quelli che la giurisprudenza e il legislatore considerano come giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela. Molte volte si tratta di veri e propri diritti soggettivi, come quelli enunciati in dichiarazioni o carte internazionali, che la giurisprudenza costituzionale (ma non solo) assume normalmente come strumenti di integrazione e di interpretazione estensiva dei diritti enumerati. Questi cataloghi internazionali di diritti (e la relativa giurisprudenza), alla luce di una rivoluzionaria lettura giurisprudenziale dell'art. 117, comma 1, Cost., inteso quale norma di “rinvio mobile” ai relativi trattati (come, nella fattispecie, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950), sono destinati a divenire parte di quello che si può oramai dire un blocco di legittimità che, se coerente con la Costituzione, si impone in funzione parametrica direttamente alla legislazione statale e regionale». Con riferimento ai diritti di cui all'art. 2 Cost., cfr. A. BARBERA, *sub Art. 2 della Costituzione*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali (Art. 1-12)*, Bologna-Roma, 1975. Con riferimento, in particolare, alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), cfr. la giurisprudenza costituzionale inaugurata con le sentenze della Corte costituzionale [n. 348 del 2007](#) e [n. 349 del 2007](#).

³ E invece, secondo A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), n. 2 del 2020, 14, «Lo spostamento di queste scadenze elettorali è, in fin dei conti, avvenuto senza che si ponessero troppe questioni, dando sostanzialmente per scontata la totale prevalenza della tutela del diritto alla salute su quella di esercizio del diritto di voto».

⁴ Così, Corte cost., [sent. n. 1130 del 1988](#).

⁵ In dottrina, per l'orientamento prevalente che tende a distinguere i giudizi di eguaglianza, di ragionevolezza e il bilanciamento, cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 899-911; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 315 ss. Per un mutamento di orientamento nel senso di individuare nei tre tipi di giudizio momenti del controllo con riferimento alla discrezionalità del legislatore, cfr. A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1994; E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 71 ss. Vi sono, in particolare, orientamenti che individuano in un generale principio di ragionevolezza, che si assume esistente nell'ordinamento, il presupposto comune degli strumenti di controllo della discrezionalità del legislatore, tra i quali viene ricondotto il sindacato sul ragionevole bilanciamento di interessi. Per una ricostruzione unitaria del principio di ragionevolezza, cfr. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 385 ss. Per l'orientamento che, pur assumendo una visione unitaria, risolve la ragionevolezza nel bilanciamento, cfr. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, *passim*, e P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio della ragionevolezza nel diritto pubblico*, Milano, 1993, 60 ss.

⁶ Cfr. M. CARTABIA, [I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana](#), Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, la quale evidenzia che «[...] i diritti fondamentali non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un tessuto costituzionale complesso in cui altri diritti e altri interessi e beni costituzionalmente protetti possono legittimamente limitarne la portata. Nella Costituzione italiana, ogni diritto è sempre predicato assieme al suo limite e, in questo ambito, il bilanciamento è una tecnica interpretativa e argomentativa che consente il necessario ragionevole contemperamento di una pluralità di interessi costituzionali concorrenti».

fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»⁷. Pertanto, posto che ciascun diritto fondamentale, ancorché primario, non può dirsi assoluto, non esistendo un ordine gerarchico prestabilito, il bilanciamento consente di assicurare una tutela "sistemica e non frazionata". Al sacrificio dell'uno deve corrispondere la «maggior realizzazione di altro interesse costituzionale»⁸, poiché «nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango»⁹. In questa prospettiva, secondo la giurisprudenza costituzionale, «Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»¹⁰.

Inoltre, nell'ambito del "sistema integrato" dei diritti fondamentali, vanno tenuti in debita considerazione anche i diritti sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU), come interpretati ed applicati dalla giurisprudenza di Strasburgo¹¹, poiché la «norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni» cui la Corte costituzionale «è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza ([sent. n. 317 del 2009](#)). Operazioni volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla

⁷ Così, Corte cost., [sent. n. 85 del 2013](#) (relativa al c.d. caso ILVA), ove si afferma che «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari"» di alcuni di essi «significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto».

⁸ Cfr. M. CARTABIA, [I principi di ragionevolezza](#), cit., 12.

⁹ Così, Corte cost., [sent. n. 143 del 2013](#), relativa alle limitazioni previste per legge dei colloqui con i difensori, nel caso di detenuti in regime di "carcere duro", condannati per reati legati alla criminalità organizzata. Sull'assenza di un ordine prestabilito da seguire nel bilanciamento tra principi, diritti e interessi in conflitto, cfr. E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., 78; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 170.

¹⁰ Così, Corte cost., [sent. n. 85 del 2013](#). Con riferimento all'individuazione del "contenuto essenziale" dei diritti, cfr. Corte cost., [sent. n. 27 del 1998](#), ove la Consulta afferma che, «Nel rispetto dell'ampia discrezionalità che deve essere riconosciuta al legislatore, a questa Corte, nell'esercizio del controllo di costituzionalità sulle leggi, compete tuttavia di garantire la misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con l'elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti». Si veda anche Corte cost., [sent. n. 309 del 1999](#), in cui la Consulta si è espressa in merito al «nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana». Al riguardo, cfr. anche Corte cost., sentt. [n. 309 del 2000](#); [n. 516 del 2000](#); [ord. n. 282 del 2002](#); sentt. [n. 88 del 2003](#); [n. 432 del 2005](#). Si veda, inoltre, A. MORRONE, *Bilanciamento*, cit., 195, secondo il quale «È certo, tuttavia, che il contenuto essenziale non è predeterminabile in astratto, ma è concetto piuttosto vago, e molto disponibile in sede di bilanciamento. Non è un caso che nella giurisprudenza costituzionale più che espresso in positivo, sia utilizzato come limite negativo: nel senso che l'elisione di una delle pretese in conflitto non può mai essere assoluta o, comunque, sproporzionata proprio rispetto al contenuto essenziale». Contro l'identificazione e la sovrapposizione dei concetti di "contenuto essenziale" e di "livello essenziale delle prestazioni" cfr. ID., *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, Bologna, 2004, 344 ss.

¹¹ Ai sensi dell'art. 32 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), «1. 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 alle condizioni previste dagli articoli 33, 34, 46 e 47. 2. In caso di contestazione sulla competenza della Corte, è la Corte che decide». Sul punto, cfr., tra le altre, Corte cost., [sent. n. 264 del 2012](#), ove si precisa che «se, come più volte affermato [...] (sentt. [n. 236](#), [n. 113](#) e [n. 1 del 2011](#), [n. 93 del 2010](#), [n. 311](#) e [n. 239 del 2009](#), [n. 39 del 2008](#), [n. 349](#) e [n. 348 del 2007](#)), il giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo, con ciò superando i confini delle proprie competenze in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione, esso però è tenuto a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano».

integrazione delle tutele»¹² che spetta alla Corte effettuare «nello svolgimento del proprio infungibile ruolo»¹³.

Il quadro costituzionale testé tratteggiato spiega agevolmente la ragione per la quale il rinvio o il posticipo¹⁴ delle scadenze elettorali a seguito dell'attuale situazione pandemica, mettendo in contrapposizione principi, diritti e libertà costituzionali ugualmente protetti, richiede necessariamente nel nostro ordinamento un'opera di bilanciamento. Tale operazione, anzitutto, necessita dell'esatta identificazione degli interessi costituzionali che si trovano in conflitto e che in tal caso possono essere riassunti con le formule, per come intese ai fini del presente lavoro, del principio democratico, da un canto, nonché della libertà del voto e della tutela della salute pubblica ed individuale, dall'altro.

2. Il principio democratico e il rispetto delle scadenze elettorali.

Nessun dubbio può sorgere circa la derivazione della necessità di rispettare le scadenze elettorali dal principio democratico. Cionondimeno, l'analisi si presenta alquanto delicata, anche solo se si tiene conto del fatto che il principio democratico è considerato uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale¹⁵. Autorevolmente è stato definito come «il più comprensivo perché li riassume tutti, in quanto racchiude in sé, in germe, gli altri, i quali pertanto ne sono, in certo modo, esplicazione e svolgimento». Come tale, peraltro, esso è insuscettibile di essere compresso anche attraverso il procedimento di revisione costituzionale perché, sancito immediatamente nell'art. 1 della Costituzione, «si è voluto fare rientrare il diritto del popolo di partecipare, direttamente o indirettamente, alle supreme decisioni politiche, fra quei diritti “inalienabili” di cui è parola nel

¹² Così Corte cost., [sent. n. 264 del 2012](#).

¹³ Così Corte cost., [sent. n. 170 del 2013](#) ove, in linea di continuità con la giurisprudenza precedente, ha ribadito che, «anche quando vengono in rilievo ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., norme della CEDU, la valutazione di legittimità costituzionale “deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate”, in quanto “un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative [...] rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela” (sentenza [n. 1 del 2013](#)). Altrimenti detto, questa Corte opera una valutazione “sistemica e non frazionata” dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, effettuando il necessario bilanciamento in modo da assicurare la “massima espansione delle garanzie” di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (sentenze [n. 85 del 2013](#) e [n. 264 del 2012](#))».

¹⁴ L'utilizzo dell'endiadi è dovuto alla considerazione che, come si vedrà in seguito, la variazione delle scadenze elettorali è avvenuto talora all'interno della “forchetta” legislativamente prefissata, mentre più spesso ha comportato una modifica della stessa.

¹⁵ Su valori, principi, regole, cfr.: V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; M. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi. Logiche e politiche della Corte costituzionale*, Milano, 1974; P. CARETTI, E. CHELI, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1 del 1984, 17 ss.; M. CORSALE, *Pluralismo giuridico*, *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1984, 1003 ss.; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, 494 ss.; R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986; F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. soc.*, 1987, 181 ss.; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991; A. SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, in *Dir. soc.*, n. 3 del 1991, 453 ss.; S. BASILE, «Valori superiori». *Principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giur. cost.*, n. 3 del 1993, 2201 ss.; A. BALDASSARRE, *Esistono norme giuridiche sopra-costituzionali?*, in *AA.VV.*, *Scritti in onore di L. Mengoni*, III, Milano, 1995, 1679 ss.; F.P. CASAVOLA, *I principi supremi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dem. dir.*, n. 1 del 1995, 72 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di stato*, in *Dir. soc.*, n. 3 del 1996, 303 ss.; F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. Modugno, S. Agrò, A. Cerri (curr.), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1997, 280 ss.; P. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999; G. AZZARITI, *La Costituzione e i suoi critici. Riflessioni sul diritto mite*, in *ID.*, *Forme e soggetti della democrazia pluralistica. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino, 2000, 59 ss.; N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui “Principi supremi” d'organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in G. Pitruzzella, F. Teresi, G. Verde (curr.), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, 2000, 73 ss.

successivo art. 2»¹⁶. La sua attuazione, in particolare, presuppone il rispetto delle scadenze elettorali, che per loro stessa natura devono essere prestabilite ad intervalli regolari, essendo volte ad assicurare l'espressione della volontà popolare di cui proprio all'art. 1 Cost. e, più specificamente, il periodico e tempestivo rinnovo degli organi elettivi¹⁷.

Peraltro, il principio democratico inteso come diritto a elezioni libere ad intervalli regolari è sancito (e meglio specificato) anche sul piano internazionale. Ai sensi dell'art. 1 della CEDU, gli Stati aderenti riconoscono ad ogni soggetto sottoposto alla propria giurisdizione i diritti e le libertà stabiliti dal Titolo primo della stessa Convenzione. Tale riconoscimento riguarda anche i Protocolli aggiuntivi alla medesima Convenzione, poiché essi sono diretti ad ampliare le posizioni soggettive ivi garantite¹⁸. In particolare, l'art. 3 del Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU impegna gli Stati «ad

¹⁶ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1967, 133-138. In proposito, cfr. Corte cost., [sent. n. 1146 del 1988](#), ove si afferma che «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale». Oltre ai «principi supremi», la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto sottratti alla revisione costituzionale anche «i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona», precisando che essi «rappresentano [...] gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale» (tra le altre, cfr. Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238, nella quale si ribadisce, inoltre, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione» ed operano «quali “controlimiti” all'ingresso delle norme dell'Unione europea», oltre che come «limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato»). Sul punto, A. MORRONE, *Bilanciamento*, cit., 194-195, il quale evidenzia che, con riferimento ai principi supremi, nella [sentenza n. 1146 del 1988](#), «la Corte costituzionale pare gettare le premesse per sottrarre i beni riconducibili a quei principi anche dal bilanciamento con altri interessi. Ciò nonostante, nella giurisprudenza non solo manca un elenco dei principi supremi, ma soprattutto un orientamento univoco che possa confermare questa lettura. È sufficiente fare riferimento alla giurisprudenza sui diritti fondamentali, specie quelli espressamente qualificati come «diritti primari» in quanto collegati al valore della persona umana. Quando si parla di «primarietà» di taluni diritti non sono affatto univoci né il significato né le conseguenze concrete. [...] i diritti fondamentali della persona umana, ancorché primari o espressione di principi supremi, sono soggetti alle relativizzazioni derivanti dal bilanciamento con altri diritti o interessi di rango costituzionale, nonché dai vincoli di ordine costituzionale o dalle particolari fisionomie della realtà nella quale sono chiamati a operare». Al riguardo, cfr. Corte cost., sentt. [n. 112 del 1993](#); [n. 264 del 1996](#); [n. 85 del 2013](#).

¹⁷ Sempre in tema di principi supremi e di diritti fondamentali, cfr. A. APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), n. 3 del 2018, 31-32, la quale, sulla base dell'analisi svolta, evidenzia come «la categoria dei principi supremi e dei diritti fondamentali nella loro incerta definizione sia stata in grado di svelare una funzione strumentale a garantire che la sovranità, in ogni sua manifestazione – compresa la legislazione costituzionale – venga sempre esercitata “nelle forme e nei limiti della Costituzione”. La visione “aperta” dell'art. 139, con un incontrovertibile allargamento dell'orizzonte interpretativo dato dalla non definitiva precisazione dei principi supremi e del contenuto dei diritti fondamentali, ha consentito un *continuum* in grado di sviluppare al massimo le capacità di trasformazione sociale e giuridica insite nelle potenzialità della Costituzione. [...] Si capisce bene, allora, come dal riconoscimento in Costituzione di più principi nonché di una pluralità di tutele per i singoli – in particolare di libertà individuali e di strumenti di giustizia sociale – consegua la necessità di evitare l'assolutizzazione di un principio o di un valore a scapito degli altri. Questi ultimi diverranno orientamenti normativi armonici solo con una instancabile opera di bilanciamento ragionevole. La Corte non crea, infatti, gerarchie definitive tra principi costituzionali». Cfr., inoltre, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 127, secondo cui «La Corte mostra la natura dei diritti supremi: esistono ma non sono individuabili una volta per tutte. La Costituzione italiana è una costituzione per principi, che interagiscono tra loro in infiniti assetti dando luogo ad infiniti scenari di bilanciamenti e per i quali non è dato alcun equilibrio predeterminabile e immutato. [...] Non possono darsi principi non negoziabili e sovraordinati all'interno di una gerarchia costituzionale, salvo non si intenda perseguire finalità tecnicamente eversive».

¹⁸ Sull'efficacia e il rango di tali norme internazionali pattizie si rinvia a quanto precisato dalla Corte costituzionale nella propria giurisprudenza (cfr. *supra* note precedenti) a partire dalle c.d. “sentenze gemelle”, la [n. 348 del 2007](#) e la [n. 349 del 2007](#), nella quale ha affermato che dall'art. 117 Cost. deriva «l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare le norme poste dai trattati e dalle convenzioni internazionali – e tra queste la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), alla quale deve riconoscersi una peculiare rilevanza in considerazione

organizzare, ad intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo»¹⁹. Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la norma è tesa ad assicurare un impegno degli Stati ad assumere azioni positive volte a rendere effettivo l'esercizio di quello che viene riconosciuto come «un vero diritto individuale, a veder indette le elezioni ed a parteciparvi, come elettore e come candidato»²⁰. Al riguardo, è stato evidenziato come «questo impegno, pur riguardando solo le elezioni di membri di organi legislativi, si traduce, dal lato dei soggetti sottoposti alla giurisdizione delle Parti contraenti, nel “diritto a libere elezioni” la cui formulazione nel testo dell'art. 3 poggia su tre vincoli espliciti a carico degli Stati: l'obbligo di assicurare la segretezza del voto; l'obbligo di garantire la libertà di voto; l'obbligo di svolgere elezioni con una ragionevole periodicità. Il rispetto di tali vincoli è considerato condizione fondamentale per riconoscere carattere democratico ad un sistema politico»²¹.

del suo contenuto –, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU, e dunque con gli “obblighi internazionali” di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale, che realizza un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme e qualora ciò non sia possibile, ovvero qualora dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, proporre la relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.». Pertanto «tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione» ([sent. n. 348 del 2007](#)). Ciò non comporta che «le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, siano immuni dal controllo di legittimità costituzionale della Corte costituzionale, perché, trattandosi di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione, e il relativo controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione» ([sent. n. 348 del 2007](#)). Ne deriva una maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, ma anche un'attrazione delle stesse norme nella sfera di competenza della Corte costituzionale, «poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi» ([sent. n. 348 del 2007](#)).

¹⁹ Cfr. il [Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali](#). Si veda, tra le altre, sulla violazione del diritto a libere elezioni, [Corte EDU, sez. V, sent. 11 luglio 2019, ric. n. 28508/11](#).

²⁰ Cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, 377, cui si rinvia per la relativa giurisprudenza della Corte Edu. Cfr., F. DAU, *Il diritto a elezioni libere tra attivismo della Corte EDU e argomenti storici: in merito alle pronunce Tanase c. Moldavia e Aliyev c. Azerbaijan*, in [Diritti comparati](#), la quale evidenzia come, con la giurisprudenza inaugurata nel 1987 con la prima pronuncia in merito all'articolo 3 del Protocollo 1 ([Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique](#), su cui v. P. COSTANZO e L. TRUCCO, *Il caso Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio in tema di diritti elettorali*, in M. Cartabia (cur.), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 237 ss.), la Corte EDU abbia contribuito «in modo sempre più incisivo a definire l'importanza del principio democratico che pervade l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, e a enfatizzare la centralità del “diritto a libere elezioni” garantito all'articolo 3 del Protocollo 1, sostenendo con forza che la procedura elettorale deve essere finalizzata a determinare la volontà del popolo tramite lo strumento del suffragio universale. Ciononostante, i diritti incastonati nel suddetto articolo non sono assoluti, e gli Stati mantengono il loro (sovrano) margine di apprezzamento nella definizione degli elementi tecnici dei sistemi elettorali. Il contesto storico-politico e sociale, inoltre, contribuisce a dare significative sfumature di valore a questi elementi tecnici, facendo irrompere la Storia nella riflessione sulle tecniche della rappresentanza politica. Il tratto peculiare delle sentenze, difatti, è l'utilizzo dell'argomento storico-contestuale nel ragionamento giuridico e nel percorso ermeneutico svolto dai giudici di Strasburgo».

²¹ Cfr. C. CIUFFETTI, *Il diritto a libere elezioni: orientamenti del Consiglio d'Europa e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [Federalismi.it](#), 15 febbraio 2013, spec. 6-7, la quale precisa che «la consapevolezza della stretta relazione tra le modalità di svolgimento delle elezioni da un lato e il diritto positivo e le tradizioni politiche e culturali di ogni Stato dall'altro ha portato il CdE a ritenere indispensabile l'enucleazione di criteri universali che si pongano come nucleo minimo indispensabile di regole, sia di segno negativo che di segno positivo, di riconoscibilità del carattere libero e democratico delle elezioni, in altre parole: principi di un patrimonio elettorale europeo». L'Autrice

Analoghe previsioni si riscontrano nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948²² e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici²³. Più in particolare, poi, il Codice di buona condotta in materia elettorale, adottato dalla Commissione di Venezia²⁴, inserisce tra i principi del patrimonio elettorale europeo anche quello della periodicità delle elezioni: le elezioni devono tenersi ad intervalli regolari e ragionevoli e il mandato delle assemblee legislative non deve superare i cinque anni anche se un periodo più lungo può essere previsto ma solo per le elezioni presidenziali e purché non si superino i sette anni²⁵. Inoltre, con specifico riferimento alla data delle elezioni, in un rapporto del 2007 la stessa Commissione ha precisato che «*les élections sont essentielles à la démocratie. La fixation de leur date est donc de la plus grande importance*»²⁶. Recentemente, infine, il Consiglio d'Europa, nel documento “*Elections and COVID-19*”, ha sottolineato che «*free and fair elections are the very foundation of our democracy, not some ritual which can be suspended when convenient. Restrictions must remain temporary*»²⁷.

Sulla base dell'assetto costituzionale e di quello sovranazionale ed internazionale, può certamente concludersi che il rispetto delle scadenze elettorali stabilite ad intervalli regolari e prevedibili è da considerarsi elemento essenziale del procedimento elettorale complessivamente inteso e che ogni eventuale rinvio deve essere il più breve possibile e possedere un'idonea giustificazione, al fine di escludere la possibilità per l'organo di governo di rinviare *ad libitum* la decisione della data delle elezioni, vanificando quindi il principio democratico²⁸. Il principio della periodicità del voto assicura,

evidenzia, inoltre, come, dando seguito alla risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa 1264(2001) dell'8 novembre 2001 – che sottolinea il ruolo del CdE di “guardiano della democrazia” in Europa e nello stesso tempo di “pioniere nella codificazione delle regole elettorali” – la Commissione di Venezia, nelle sessioni del 5 e 6 luglio e del 18 e 19 ottobre 2002, abbia adottato, rispettivamente, «le Linee guida e il Rapporto esplicativo in materia elettorale, che compongono il suddetto Codice che, nel 2003, è stato approvato dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e dal Congresso dei poteri locali e regionali in Europa. Le Linee guida si fondano sui principi del patrimonio elettorale europeo come individuati dalla Commissione e costituiscono il nucleo del codice di buona condotta in materia elettorale, mentre il Rapporto esplicativo sviluppa i principi enunciati nelle Linee guida».

²² Si veda l'art. 21, par. 3, ai sensi del quale «la volontà popolare è il fondamento dell'autorità del governo; tale volontà deve essere espressa attraverso periodiche e veritiere elezioni, effettuate a suffragio universale ed eguale, a voto segreto o secondo una procedura equivalente di libera votazione».

²³ Si veda l'art. 25, lett. b), ai sensi del quale ogni cittadino ha il diritto, e deve avere la possibilità, senza alcuna delle discriminazioni e senza restrizioni irragionevoli «di votare e di essere eletto, nel corso di elezioni periodiche, veritiere, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, che garantiscano la libera espressione della volontà degli elettori».

²⁴ Il Codice è stato adottato nel corso della 52ª sessione (Venezia, 18-19 ottobre 2002).

²⁵ Cfr. il [Codice di buona condotta in materia elettorale](#), 5, 9, 12, 13 e, in particolare, 23. Sulle diverse tendenze della normativa internazionale in tema di periodicità delle elezioni e di eventuale previsione del lasso di tempo entro quale queste debbano intercorrere nonché sulla discrezionalità degli Stati al riguardo, cfr. A. DE GUTTRY, *Diritto di voto e pandemia*, cit., 9 e ss. Inoltre, per ulteriori profili, cfr. M. RUBECHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino, 2016, 165-166. Sulla rilevanza istituzionale del Codice, per tutti, G. PICCIRILLI, *L'aggiornamento del “Codice di buona condotta elettorale” nel sistema di tutele del procedimento elettorale italiano*, in E. Catelani, F. Donati, M. C. Grisolia (curr.), *La giustizia elettorale. Atti del Seminario svoltosi a Firenze, 16 novembre 2012*, Napoli, 2013, 151 ss., a cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁶ Cfr. COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, [Rapport sur la fixation de la date des élections](#), 3.

²⁷ Cfr. COUNCIL OF EUROPE - DIRECTORATE GENERAL FOR DEMOCRACY, [Elections and Covid-19](#), 3 e 2, ove si ribadisce, inoltre, che «*The Council of Europe leadership has been very clear in stating that the fight against the virus should not undermine our fundamental freedoms and the Rule of Law. 1 Emergency measures should be limited in time and should strictly target the propagation of the outbreak. The concern is that this may not be the case and substantial freedoms will be sacrificed in favour of more security even after the end of the sanitary crisis*».

²⁸ M. COTTA, *Democrazia*, in *Enc. Giur. It.*, XII, Treccani, Roma, 1989, il quale sottolinea che «eventuali eccezioni sono ammissibili, purché non significhino una vanificazione del principio e non si traducano in un potere di chi governa di disporre *ad libitum* del processo elettorale». È stato poi osservato da M. COTTA, D. DELLA PORTA, L. MORLINO, *Scienza politica*, Bologna, 2008, 269, che «il carattere ricorrente e relativamente frequente delle elezioni ha conseguenze importanti per gli attori che vi partecipano. Per quel che riguarda gli elettori consente un apprendimento delle procedure, favorisce una tendenziale continuità delle scelte e, in concomitanza con altri fattori (quali la continuità dell'offerta politica), permette di esprimere un giudizio retrospettivo sugli eletti. Per qual che riguarda invece i candidati la reiterazione, facendo sì che la competizione non abbia carattere ultimativo - chi perde sa che avrà presto un'occasione

infatti, la regolare manifestazione della volontà del popolo al quale appartiene la sovranità da esercitare nelle forme e nei limiti stabiliti dalla Costituzione nonché il tempestivo rinnovo degli organi elettivi; ragioni che inducono a preferire rinvii brevi o quantomeno per il tempo strettamente necessario ad assicurare il voto nonché le attività relative al procedimento elettorale preparatorio, ivi compresa la campagna elettorale, in condizioni di parità su tutto il territorio nazionale²⁹.

3. *La necessità di rinvio delle elezioni a garanzia della libertà del voto e del diritto alla salute.*

Ciò detto sul piano del diritto costituzionale interno e dei riferimenti nel diritto sovranazionale ed internazionale e cioè che il principio democratico impone il rispetto delle scadenze elettorali, occorre ovviamente considerare che la diffusione dell'epidemia da Coronavirus ne ha reso problematica la puntuale attuazione sotto almeno due profili di sicuro rilievo costituzionale.

Da un primo punto di vista, occorre considerare che la libertà di voto sancita dall'art. 48 Cost. – e comunque espressione anche dello stesso art. 1 Cost., che attribuisce la sovranità al popolo – non può dirsi effettivamente assicurata dal rispetto della sola tempistica delle elezioni, intesa come garanzia della loro periodicità, richiedendo, sotto il profilo qualitativo, anche che sia garantito il concreto esercizio delle libertà che ne consentono l'espressione libera, uguale e consapevole.

In proposito, il citato Codice di buona condotta precisa che «L'esistenza di elezioni democratiche e dunque l'esistenza anche della democrazia non è possibile senza il rispetto [...] della libertà d'espressione [...], come pure della libertà di riunione [...]. Il rispetto di queste libertà è indispensabile in particolare durante le campagne elettorali. Le restrizioni a questi diritti fondamentali devono essere conformi alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, più generalmente, alle condizioni di base legale, dell'interesse pubblico e di proporzionalità». Riconosce, inoltre, che un «altro diritto fondamentale molto importante in una democrazia è la libertà di circolazione all'interno di un paese, così come il diritto dei cittadini di rientrare nel loro paese d'origine in qualsiasi momento»³⁰.

per rifarsi, favorisce l'accettazione dei risultati e, creando uno stato di dipendenza costante nei confronti dell'elettorato, costituisce la premessa della *responsiveness*, cioè dell'attitudine dei governanti a rispondere alle domande degli elettori». La periodicità delle elezioni è, in altri termini, parte di quella "accountability verticale" che è considerata una delle dimensioni costitutive della qualità di una democrazia (L. MORLINO, *Democrazie e democratizzazioni*, Bologna, 2003, 232 ss.).

²⁹ Sul rinvio delle scadenze elettorali, anche alla luce della normativa internazionale di riferimento, cfr. A. DE GUTTRY, *Diritto di voto e pandemia*, cit., 21-22, il quale rileva che «[...] a fronte di una pandemia come quella legata al COVID-19, gli Stati in cui erano previsti procedimenti elettorali avevano due opzioni: svolgere regolarmente le elezioni adottando una serie di misure di mitigazione del rischio e seguendo le raccomandazioni elaborate da varie fonti per svolgere le elezioni in sicurezza (scelta fatta da pochi Stati) o deliberare il rinvio delle stesse.[...] Considerando che le norme internazionali rilevanti lasciano significativi spazi di discrezionalità quanto alla durata di un mandato elettorale, si deve concludere che se il rinvio è per un breve periodo, non sembrano profilarsi questioni di legittimità internazionale [...]. Ovviamente questa conclusione vale sempreché la decisione nazionale sia adeguatamente motivata, risulti giustificata dalla situazione creatasi nello Stato e sia adottata nel rispetto delle regole procedurali interne. Al contrario, un rinvio delle elezioni che si dovesse prolungare per periodi lunghi o, tanto più, un rinvio *sine die*, sono invece da considerarsi, in contrasto con le rilevanti norme internazionali e possono essere eventualmente giustificati solo se lo Stato in questione abbia fatto ricorso alle clausole di deroga previste nei vari trattati sui diritti umani. Molti Stati, al fine di fronteggiare la pandemia del COVID-19, hanno fatto ricorso alle deroghe [ai trattati per stati di emergenza], per giustificare una serie di restrizioni alla libertà di movimento, di riunione, al diritto di proprietà ecc. Tali misure sono state prese non solo al fine di ridurre la potenziale diffusione del virus COVID-19, ma anche perché non si ritenevano sussistenti le condizioni minime necessarie per organizzare campagne elettorali regolari. Ad oggi, peraltro, nessuno Stato ha invocato la deroga per giustificare il rinvio delle elezioni per la pandemia da COVID-19».

³⁰ Cfr. §§ 60 e 62 del *Codice di buona condotta*, cit, rispettivamente, 24 e 25. Inoltre, nelle Linee guida (9) e nel Rapporto esplicativo (14) adottati dalla Commissione di Venezia si afferma che «le elezioni democratiche non sono concepibili» senza il rispetto anche «della libertà di circolazione e soggiorno all'interno del paese», che costituiscono «diritti fondamentali indispensabili per delle vere e genuine elezioni democratiche. Nel caso eccezionale in cui delle persone siano state trasferite contro la loro volontà, conviene lasciare loro a titolo temporaneo la possibilità di essere considerati come residenti nel loro vecchio luogo di residenza».

In questa prospettiva, quindi, la libertà di voto è assicurata non solo dal rispetto della data delle elezioni in sé e per sé considerata, inteso come concreta applicazione del principio di periodicità delle stesse, ma anche dall'insieme delle attività e delle libertà prodromiche alla loro celebrazione³¹. In tal senso deve considerarsi orientata, peraltro, la stessa Corte costituzionale italiana, laddove ha affermato che la tutela costituzionale del diritto di voto non si esaurisce nel momento del voto ma retroagisce alla fase precedente della campagna elettorale³². Tuttavia, la necessità di assicurare adeguata tutela alla salute pubblica ed individuale ai sensi dell'art. 32 Cost. nella gestione e nel contenimento dell'emergenza sanitaria ha indotto il Governo a adottare una serie di interventi normativi di diversa natura giuridica³³ che hanno introdotto molteplici e rilevanti misure limitative dei diversi diritti e libertà costituzionalmente protetti che, per quanto concerne l'oggetto della presente analisi, costituiscono quella premessa di effettiva libertà nell'esercizio del diritto di voto che deve essere garantita specialmente nel periodo precedente le consultazioni elettorali. Dunque, rilevano come ostative alla celebrazione delle elezioni, almeno e direttamente³⁴, le misure limitative

³¹ P.L. ZAMPETTI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, 1478, osserva che se la sovranità popolare si riducesse all'esercizio del diritto di voto «farebbe sempre testo l'asserzione di Rousseau nel Contratto sociale secondo cui gli individui sarebbero liberi solo in quel momento mentre dopo cesserebbero di avere potere alcuno e diventerebbero schiavi come prima». Sul punto, cfr. E. CHELI, *La sovranità, la funzione di governo, l'indirizzo politico*, in G. Amato, A. Barbera (curr.), *Manuale di diritto pubblico*, II, *L'organizzazione costituzionale*, Bologna, 1984, spec. 11; V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, ora in ID., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 123 ss.; L. BASSO, *Il principe senza scettro*, Milano, 1998, 167 ss.; U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in Id. (cur.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, 23.

³² La Corte, infatti, ha precisato che «In tale procedimento [elettorale], il diritto costituzionale di voto può infatti trovare tutela, non solo successivamente alle elezioni, attraverso l'impugnazione dei risultati elettorali, ma talora anche prima di esse, nell'ambito del procedimento elettorale preparatorio» (Corte cost., [ord. n. 165 del 2016](#), come ribadito da Corte cost., [sent. n. 35 del 2017](#), nonché Corte cost., [sent. n. 104 del 1973](#), nella quale la Corte ha precisato che va ricompreso nella materia elettorale «anche ciò che attiene alla organizzazione della funzione elettorale, ossia tutta quella normazione positiva riguardante lo svolgimento delle elezioni»). Al riguardo, cfr. M. OLIVETTI, *Art. 1*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 21, il quale ha evidenziato come la programmazione dei tempi delle consultazioni elettorali nonché la «ragionevole possibilità di accesso ai luoghi dove poter esprimere il suffragio», possano incidere sulla stessa libertà di voto, nel cui concetto «si inserisce, dunque, a pieno titolo la fase preparatoria dello stesso». Al riguardo, cfr. F. LANCHESTER, *Voto (diritto di) (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 1127 e nt. 94 (che cita tra le attività rilevanti ai fini del diritto di voto, ad esempio, una razionale disposizione dei seggi, le opportune facilitazioni di viaggio, un'adeguata programmazione dei tempi delle consultazioni). In particolare, sulla giurisprudenza costituzionale relativa alla libertà di voto cfr. G. TARLI BARBIERI, *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Milano, 2018, 20 ss.

³³ Con riferimento alla normativa emergenziale si rinvia a M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Il diritto pubblico della pandemia](#), in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, II, Genova, Consulta OnLine, 2020, 9; AA.VV., *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in [Osservatorio sulle fonti](#), fascicolo speciale 2020; alle rassegne di documentazione – Osservatorio Emergenza Covid-19, [Federalismi.it](#), e, [ivi](#), F. Aperio Bella e M. Malvicini (curr.), *Articoli, paper e post blog apparsi in altre riviste e piattaforme online*; M. Malvicini (cur.), *Principali atti dello Stato in relazione alle misure adottate per il contenimento dell'emergenza Covid-19*, [ivi](#); S. MALLARDO, *Documentazione e interventi delle Regioni in relazione alle misure adottate per il contenimento dell'emergenza Covid-19 e relativa giurisprudenza amministrativa*, [ivi](#); F. SEVERA, *Documentazione e interventi dei Comuni in relazione alle misure adottate per il contenimento dell'emergenza Covid-19*, [ivi](#); S. BARBARESCHI, *Documentazione e interventi dell'Unione europea in relazione alle misure adottate per il contenimento dell'emergenza Covid-19*, [ivi](#); A. COIANTE, *Rassegna comparata di documentazione e interventi di Stati e organizzazioni internazionali in relazione alle misure adottate per il contenimento dell'emergenza Covid-19*, [ivi](#); ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI, [Problemi di ordine costituzionale determinati dall'emergenza della pandemia da Covid-19. Documento della Commissione Covid-19](#); al *Dossier Coronavirus Italia*, in [BioLaw Journal](#); ai materiali di documentazione bibliografica della Camera dei deputati – Servizio Biblioteca, [Risorse giuridiche sull'emergenza Covid-19](#).

³⁴ Invero, in via indiretta e per lo più mediata attraverso la compressione delle libertà di riunione e circolazione, limitazioni di altre libertà finiscono per incidere sull'esercizio pieno della libertà di voto. È il caso delle limitazioni alla libertà religiosa e a quella di manifestazione del pensiero (specialmente *sub specie* di limitazione all'accesso a cinematografi e teatri, che, in certa misura, possono rilevare anche ai fini di consentire forme di manifestazione del pensiero potenzialmente utili anche per le campagne politico-elettorali; v. *infra*, nt 37) e perfino della stessa libertà d'impresa: A. LICASTRO, [Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia](#), in questa [Rivista](#), [Studi](#)

alla libertà di riunione³⁵ e di circolazione³⁶ che sono state adottate e che impattano, alla fine, sulla libertà della propaganda elettorale³⁷.

Da un secondo punto di vista, occorre considerare che la celebrazione delle elezioni implica la possibilità di assembramenti di persone, che si sono ritenuti essi stessi occasione di potenziale contagio. Sotto questo profilo, dunque, anche la tutela dei beni costituzionali dell'interesse alla salute individuale degli elettori e del personale implicato nelle operazioni elettorali, nonché dell'interesse alla salute collettiva, richiederebbero una posticipazione delle scadenze elettorali al momento nel quale tali beni non vengano messi a repentaglio. Come è noto, infatti, la Costituzione italiana espressamente riconosce e protegge la salute come «diritto fondamentale dell'individuo» e come «interesse della collettività». La tutela della salute, quindi, costituisce un principio dell'ordinamento costituzionale, la cui protezione «non riguarda solo la sfera delle pretese soggettive che sono implicate dal diritto alla salute, ma è estesa e, in molti casi, condizionata dalla dimensione superindividuale del bene» tutelato³⁸. Tuttavia, come già precisato precedentemente con riferimento ai «principi supremi» dell'ordinamento ed ai diritti fondamentali, «le diverse dimensioni della salute (individuale e collettiva), il carattere dichiaratamente “fondamentale” o “primario” delle diverse situazioni giuridiche ad essa riconducibili, lungi dal rimandare a un presunto “carattere preminente” o a una “rigida gerarchia”, implicano “il continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti

[2020/I](#), 229-241; N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), n. 7 del 2020, 25-40; M. CECCHETTI, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata durante l'emergenza*, in [Rivista AIC](#), n. 4 del 2020, 59-74.

³⁵ Per le limitazioni relative alla libertà di riunione in tempo pandemico v. almeno C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1 del 2020, spec. 83-88 e, [ivi](#), n. 1 del 2021, A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, 37-65.

³⁶ Quanto alla restrizione della libertà di circolazione si veda, nella sterminata bibliografia: A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 3 del 2020, 116-125; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in [federalismi.it](#), n. 6 del 2020, IV-X; A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 1 del 2020, 420-428; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in questa [Rivista](#), [2020/III](#), 536-544; G. DI COSIMO, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del coronavirus*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2 del 2020, 566-576; 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](#), [Studi 2020/II](#), 369-377; G.P. DOLSO, *Circolare liberamente. Principi, interpretazioni e disciplina emergenziale*, Napoli, 2021; A. MAZZOLA, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e libertà di circolazione ai tempi del nuovo-coronavirus*, in [Astrid Rassegna](#), n. 6 del 2020. Con riferimento all'ordinamento regionale v. C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in [Rivista AIC](#), n. 4 del 2020, 95-116.

³⁷ Di libertà di propaganda elettorale parla esplicitamente la Corte costituzionale, nell'evidenziare il rapporto esistente tra libertà di manifestazione del pensiero e regime democratico. In particolare, cfr., Corte cost., [sent. n. 84 del 1969](#), nella quale ha affermato che «la libertà di propaganda è espressione di quella di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 21 della Costituzione e pietra angolare dell'ordine democratico». Quanto al rilievo della libertà di manifestazione del pensiero, si veda Corte cost., [sent. n. 126 del 1985](#), in cui la definisce «libertà costituente cardine di democrazia nell'ordinamento generale» e ribadisce «la rilevanza centrale [...] che la libertà di manifestazione del pensiero, anche e soprattutto in forma collettiva, assume ai fini dell'attuazione del principio democratico non solo nel nostro ordinamento, che in relazione a tale principio solennemente si qualifica (art. 1 Cost.), ma nelle più significative espressioni della civiltà giuridico-politica che in esso trova la sua caratterizzazione di fondo». In senso analogo, Corte cost., [sent. n. 11 del 1968](#), nella quale definisce il diritto di cui all'art. 21 Cost. «coesistente al regime di libertà garantito dalla Costituzione»; Corte cost., [sent. n. 98 del 1968](#), secondo cui la «libertà di manifestazione del pensiero [...] è ordine dell'ordinamento democratico». In relazione, in particolare, ad alcuni provvedimenti presi per contrastare lo sviluppo pandemico che incidono su specifiche forme di manifestazione del pensiero, come, in particolare l'impossibilità di rappresentazioni teatrali o cinematografiche, giova ricordare, tra le altre, Corte cost., sentt. [n. 153 del 1987](#); [n. 112 del 1993](#), nella quale, tra i vari principi di diritto, la Corte ha ribadito che «la Costituzione, all'art. 21, riconosce e garantisce a tutti la libertà di manifestare il proprio pensiero con qualsiasi mezzo di diffusione». Cfr., in proposito, A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21, La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Branca, A. Pizzorusso (curr.), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili*, Bologna-Roma, 2006 e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

³⁸ Cfr. F. MINNI e A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in [Rivista AIC](#), n. 3 del 2013, 1 ss., a cui si rinvia per la giurisprudenza costituzionale più rilevante in materia.

fondamentali”», giustificando una compressione del principio democratico laddove impone e il rigoroso rispetto delle scadenze elettorali³⁹.

4. La diversa discrezionalità del bilanciamento in relazione alle singole tipologie di scadenze elettorali.

In sostanza, senza che nessun principio costituzionale possa dirsi certamente prevalente, siamo di fronte a tre beni costituzionali da bilanciare: il principio democratico, che richiederebbe che le scadenze elettorali siano rispettate rigorosamente; il diritto alla salute, che richiederebbe che le elezioni siano rinviate fino a che sia possibile votare in sicurezza; la libertà del voto, che richiede che le elezioni si tengano quando le libertà civili e politiche, a loro volta ristrette per tutelare il bene costituzionale della salute, siano espansive in misura sufficiente e per un periodo adeguato di tempo, da valutare tenendo anche conto della durata della campagna elettorale.

Alla luce di tali considerazioni, la ricostruzione degli interessi costituzionali in gioco sopra descritta è rilevante al fine di valutare se le misure emergenziali di rinvio delle consultazioni elettorali previste a seguito della pandemia siano state limitate a quanto strettamente necessario e siano state di misura proporzionata⁴⁰. Da tali presupposti dovrebbe, infatti, prendere le mosse una riflessione circa la congruità del relativo rinvio e la ragionevolezza nella statuizione delle relative norme eccezionali. Tale valutazione, inoltre, va effettuata caso per caso, poiché il bilanciamento che si deve effettuare gode di una discrezionalità diversa in relazione alle singole scadenze elettorali nonché alle regole specifiche che presiedono a ciascuna di esse e al loro diverso rango.

Al riguardo, si pensi innanzitutto alle elezioni politiche. L'art. 60 Cost. prevede che la Camera dei deputati e il Senato della Repubblica sono eletti per cinque anni e che la durata di ciascuna Camera non può essere prorogata se non per legge e soltanto in caso di guerra⁴¹. Inoltre, l'art. 61 Cost. prevede che le elezioni delle nuove Camere hanno luogo entro settanta giorni dalla fine delle precedenti e che la prima riunione ha luogo non oltre il ventesimo giorno dalle elezioni. Si tratta, quindi, di termini fissati da disposizioni costituzionali che sanciscono regole e non principi⁴² e che risultano perciò

³⁹ Cfr. F. MINNI e A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, cit.

⁴⁰ In via generale, sul sindacato di ragionevolezza della disciplina legislativa ad opera della Corte costituzionale, cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento*, cit., 196, secondo il quale, tale controllo si dipana in tre test: necessità, sufficienza e proporzionalità. Al riguardo, l'Autore precisa che «Il bilanciamento svolto dal legislatore deve rispondere innanzitutto a un criterio di “necessità”, nel senso che la scelta di limitare o postergare un diritto o un interesse costituzionale deve giustificarsi per la necessità di dare attuazione a un altro diritto o interesse di pari rango». In secondo luogo, «la scelta del legislatore va valutata alla stregua di un criterio di “sufficienza”: deve essere dimostrato, cioè, che nel privilegiare un interesse o un diritto la disciplina positiva pur sempre soddisfa in maniera non insufficiente le esigenze di garanzia dell'interesse o del diritto limitato o ristretto, “valutando l'interazione reciproca tra l'accrescimento di tutela dell'uno e la corrispondente diminuzione di garanzia dell'altro, come disposti dal legislatore in vista della composizione dell'eventuale contrasto”», come statuito nella sentenza della Corte cost., [sent. n. 372 del 2006](#). Infine, «i limiti o la compressione di un diritto o di un interesse costituzionale devono essere “proporzionati” ovvero non eccessivi in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile che, in ogni caso, non può mai essere tale da annullarne il contenuto essenziale». Inoltre, per quanto concerne gli esiti del bilanciamento e la conseguente “regola del conflitto”, cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento*, cit., 197.

⁴¹ Condivisibilmente, F. SPAGNOLI, *Emergenza covid e organi costituzionali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2 del 2020, 43, ritiene che «è difficile sostenere un'interpretazione adeguatrice della formulazione dell'art. 60, atta a far coincidere il concetto di “guerra” (configurato in termini piuttosto precisi nel nostro ordinamento) con quello più generico di emergenza. In realtà, l'incidenza della pandemia sulle operazioni di voto, per quanto grave, potrebbe rivelarsi in teoria inferiore a quella causata da una guerra con i suoi sconvolgimenti, per cui non è inconcepibile immaginare, in caso di necessità, di tenere regolari elezioni legislative, purché le misure organizzative seguite siano sufficienti a minimizzare i rischi per la salute delle persone coinvolte, anche a prezzo di alcuni adattamenti dell'iter elettorale ordinario».

⁴² Sulla distinzione tra regole e principi, si veda V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milano, 1976, 38-44; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 43-103; G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009; L. MEZZETTI, *Valori, principi regole*, Torino, 2011.

insuscettibili di deroga anche in presenza di un'emergenza sanitaria. In relazione a tale tipologia di elezioni, infatti, il bilanciamento tra i principi e diritti costituzionali in gioco è già compiuto a livello costituzionale⁴³, per cui il legislatore ordinario, nell'ambito del ristretto campo di discrezionalità di cui dispone, è chiamato a porre in essere le condizioni organizzative attraverso cui gli altri principi e diritti costituzionali coinvolti possano trovare la massima espansione ma non dispone della facoltà di rinviare le elezioni oltre i settanta giorni previsti⁴⁴. Pertanto, nell'ipotesi di elezioni politiche in concomitanza di un'emergenza sanitaria, il legislatore ordinario potrebbe solo organizzare le modalità di voto in modo che questo si possa svolgere senza compromettere il diritto alla salute e in guisa di assicurare la piena democraticità della campagna elettorale su tutto il territorio nazionale. Il contemperamento tra principi e diritti costituzionali potrebbe così avvenire solo attraverso misure straordinarie per assicurare un voto libero e sicuro senza poter incidere sulla data delle elezioni. Eventualmente sarebbe ipotizzabile una "modulazione" mediante rinvio o posticipo delle stesse esclusivamente nell'ambito della "finestra temporale" stabilita dalle citate disposizioni costituzionali (elezioni politiche «entro settanta giorni dalla fine delle precedenti» Camere, ossia dalla scadenza dei cinque anni di legislatura, e prima riunione delle nuove Camere «non oltre il ventesimo giorno dalle elezioni»), sfruttandone tutto il periodo fino al termine ultimo.

Diversamente, con riferimento al referendum costituzionale, la Carta fondamentale lascia maggiore discrezionalità al legislatore nel bilanciamento dei diversi principi e diritti costituzionali coinvolti nell'emergenza sanitaria. L'art. 138 Cost., infatti, non fissa alcun termine entro il quale deve essere indetto il referendum. La Costituzione, all'art. 75, ultimo comma, ha demandato alla legge ordinaria la determinazione delle relative modalità di attuazione. Non sussiste, quindi, a livello costituzionale, una regola che fissi un termine all'indizione del referendum ma è la l. 25 maggio 1970, n. 352, ad aver individuato una "forchetta" temporale entro la quale deve avvenire l'indizione e la fissazione della data (ossia un arco di tempo che di fatto va da 50 a 130 giorni dalla comunicazione dell'ordinanza dell'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione che accerta la sussistenza dei requisiti per l'indizione del referendum). Nell'ambito di tale "forchetta" legislativa vi è inoltre spazio per l'esercizio della discrezionalità amministrativa⁴⁵ di "modulazione" dell'indizione.

Naturalmente, la mancanza di un termine per la celebrazione del referendum *ex art. 138 Cost.* (come quelli *ex* articoli 75 e 132 della Costituzione, per la verità) non implica che il legislatore possa istituire un termine che consenta di rinviare *sine die* la consultazione. Significa solamente che il legislatore è più libero nel bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco, posto però che un rinvio *sine die* (o, *rectius*, irragionevolmente lungo) comporterebbe la soppressione di uno degli interessi da ponderare (il principio democratico) realizzando un bilanciamento non accettabile.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo alle elezioni regionali ed a quelle amministrative.

L'art. 122, primo comma, Cost., come modificato dalla l. cost. 22 novembre 1999, n. 1, ha attribuito alle regioni a statuto ordinario potestà legislativa in materia elettorale⁴⁶ nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, che stabilisce anche la durata degli organi elettivi.

⁴³ Per una riflessione sui criteri di bilanciamento direttamente stabiliti da disposizioni costituzionali nonché sulle modalità di realizzazione del bilanciamento in assenza di tali criteri espressi, cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento*, cit., 193-194, il quale, nell'evidenziare come sia più difficile il bilanciamento in assenza di schemi costituzionali di giudizio, precisa che «In queste evenienze paiono perimetrare il sindacato intorno al ragionevole bilanciamento le categorie dei "principi supremi" e del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali».

⁴⁴ Nello stesso senso, si veda A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza*, cit.

⁴⁵ Si tratta, peraltro, della particolare discrezionalità riconosciuta ai c.d. atti di alta amministrazione. Per la riconduzione a tale categoria di un decreto di indizione delle elezioni per la Regione Lazio, si veda [T.A.R. Lazio, Sez. II bis, 12 novembre 2012, n. 9280](#). Sulla riconduzione alla categoria dell'atto di indizione del referendum, con indicazioni giurisprudenziali, si veda L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in [Rivista AIC](#), n. 1 del 2014, 21.

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 123 Cost., ciascuna Regione adotta uno statuto che, in armonia con la Costituzione, ne determina la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento. Nel rispetto dei limiti di cui agli articoli 122 e 123 Cost., ciascuna legge regionale può specificare ulteriormente il procedimento di convocazione dei comizi elettorali.

La l. 2 luglio 2004, n. 165 ha dato attuazione a tale disposizione costituzionale, prevedendo, all'art. 5, che gli organi elettivi delle regioni durano in carica per cinque anni, salvi i casi di scioglimento anticipato del Consiglio regionale; il quinquennio decorre per ciascun Consiglio dalla data della elezione e le elezioni dei nuovi consigli hanno luogo non oltre i sessanta giorni successivi al termine del quinquennio o nella domenica compresa nei sei giorni ulteriori⁴⁷. Anche con riferimento alle elezioni regionali, quindi, la Costituzione non fissa un termine entro il quale queste devono essere svolte ma demanda alla legge dello Stato la determinazione dei principi fondamentali della materia nonché la durata degli organi elettivi regionali.

Per quanto concerne le elezioni dei consigli comunali nelle regioni a statuto ordinario, la disciplina generale è prevista dalla legislazione statale⁴⁸. Ai sensi del combinato disposto degli articoli 1, 2 e 3, della l. 7 giugno 1991, n. 182, le elezioni amministrative si svolgono in un turno annuale da tenersi in una domenica compresa tra il 15 aprile ed il 15 giugno, se il mandato scade nel primo semestre dell'anno ovvero nello stesso periodo dell'anno successivo, se il mandato scade nel secondo semestre. Infine, si precisa che il mandato decorre per ciascun consiglio dalla data delle elezioni. Inoltre, le elezioni dei consigli comunali, che devono essere rinnovati per motivi diversi dalla scadenza del mandato, se le condizioni che rendono necessario il rinnovo si sono verificate entro il 24 febbraio (ossia 50 giorni prima del 15 aprile), si svolgono nel turno ordinario dell'anno in corso, mentre se si verificano oltre tale data, nel turno dell'anno successivo. La data per lo svolgimento delle elezioni amministrative è fissata dal Ministro dell'interno non oltre il cinquantacinquesimo giorno precedente quello della votazione ed è comunicata immediatamente ai prefetti perché provvedano alla convocazione dei comizi. Pertanto, è demandata alle competenti Autorità la convocazione dei relativi comizi elettorali nell'ambito della "finestra temporale" stabilita dalla legge e nel rispetto delle condizioni e dei termini ivi previsti.

In considerazione della specifica disciplina, vigente a regime per le elezioni sopra richiamate, si pone allora la necessità di valutare la ragionevolezza delle scelte compiute dal legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità nell'adozione delle norme a carattere eccezionale per lo svolgimento delle consultazioni elettorali durante il periodo pandemico. Come già evidenziato, tale valutazione deve avere ad oggetto il concreto bilanciamento di principi e diritti costituzionali effettuato nell'ambito del diverso margine di discrezionalità riconosciuto al legislatore dalle norme che presiedono ciascuna delle scadenze elettorali. Nello svolgimento di tale esame si deve peraltro tener conto della circostanza che anche le misure in materia elettorale, come tutte le misure emergenziali, devono essere limitate a quanto strettamente necessario, dovendo essere proporzionate e temporanee.

⁴⁷ L'art. 5 della l. 2 luglio 2004, n. 165, come modificato prima dall'art. 1, comma 501, l. 23 dicembre 2014, n. 190, a decorrere dal 1° gennaio 2015 e poi dall'art. 1, comma 1, decreto-legge 17 marzo 2015, n. 27, ("*Disposizioni urgenti per lo svolgimento contemporaneo delle elezioni regionali ed amministrative*"), convertito dalla legge 8 maggio 2015, n. 59, prevede tra i principi fondamentali l'indicazione di un termine temporale certo, successivo alla fine della legislatura, entro il quale si debbano svolgere le elezioni in modo da poter anche agevolare l'abbinamento delle elezioni dei consigli regionali ad eventuali altre elezioni (c.d. *election day*). Il termine *ad quem* per lo svolgimento delle elezioni è fissato dalla legge statale ed è uguale per tutte le regioni a statuto ordinario mentre il termine *a quo* può essere stabilito dalle singole regioni con la legge elettorale regionale. In assenza di specifiche previsioni dettate dalle leggi regionali, si applica la normativa statale cedevole recata dall'art. 3 della legge n. 108 del 1968 ("*Norme per la elezione dei Consigli regionali delle Regioni a statuto normale*"), che prevede il rinnovo dei consigli regionali ogni cinque anni (comma 1), quinquennio che decorre per ciascun consiglio dalla data della elezione (comma 3). Le elezioni possono aver luogo a decorrere dalla quarta domenica precedente il compimento dei cinque anni della legislatura (comma 2). Il 31 maggio 2015 si sono svolte le elezioni per il rinnovo dei consigli regionali di: Liguria; Veneto; Toscana; Marche; Campania; Puglia. Il quinquennio della legislatura, quindi, si è concluso il 31 maggio 2020.

⁴⁸ Ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettere *f*) e *p*), Cost., sono materie di competenza esclusiva statale, tra le altre, quelle relative agli organi dello Stato ed alle relative leggi elettorali nonché alla legislazione elettorale e agli organi di governo di Comuni, Province e Città metropolitane.

5. *L'opportuna revoca dell'indizione del referendum costituzionale senza contestuale fissazione di una nuova data.*

Le misure urgenti in materia di contenimento e gestione della pandemia, previste dalla composita normativa emergenziale⁴⁹, hanno inevitabilmente inciso su diritti costituzionalmente protetti. In particolare, la misura della sospensione d'autorità «di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, [...] anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico», limitando di diritto – e non solo di fatto – la campagna elettorale, ha inciso inevitabilmente anche sul libero esercizio del diritto di voto. In particolare, le misure intervenivano dopo l'indizione del referendum costituzionale sulla riforma della composizione numerica di Camera e Senato⁵⁰, determinando l'impossibilità di una campagna elettorale effettivamente libera su tutto il territorio nazionale e così privando il referendum della sua funzione di «strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare», secondo la definizione elaborata dalla giurisprudenza costituzionale⁵¹. Del resto, la genuinità delle scelte degli elettori, l'effettività della libertà nell'espressione del voto e l'uguale valore dello stesso si fondano, come detto, sulla possibilità di esercitare pienamente ed effettivamente i diritti politici e civili⁵².

Con riferimento alla data di svolgimento della consultazione referendaria, la disciplina legislativa vigente prevede, come si è già anticipato, un lasso di tempo entro il quale tale data deve essere fissata (in una domenica compresa tra il 50° e il 70° giorno successivo all'emanazione del decreto di indizione, che può adottarsi fino al 60° giorno successivo alla comunicazione dell'ordinanza dell'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione, lasciando alla discrezionalità degli organi competenti la scelta della data esatta⁵³).

Si tratta di un caso equiparabile a quello della discrezionalità, riconosciuta dalla normativa di riferimento, nella fissazione della data delle elezioni per il rinnovo degli organi elettivi comunali o regionali entro un termine variamente fissato. L'eventuale spostamento delle elezioni oltre il lasso di tempo stabilito per legge deve tener conto non solo delle esigenze costituzionali che lo giustificano (nel caso in questione, la sospensione del pieno esercizio dei diritti politici e civili nonché le esigenze di tutela della salute collettiva ed individuale) ma anche di quelle che sono tutelate dalla previsione delle scadenze elettorali (ossia il tempestivo e periodico rinnovo degli organi rappresentativi).

In tali ipotesi, la tutela del bene costituzionale che presidia le scadenze elettorali non è assicurata attraverso una specifica regola costituzionale ma viene riconosciuta e valutata in astratto dalla legge, nell'ambito di un necessario bilanciamento degli interessi costituzionali coinvolti, attraverso la fissazione di un lasso di tempo minimo e massimo per provvedere all'indizione e al successivo svolgimento della campagna elettorale. Finché si resta entro tale arco temporale, l'esigenza di tutelare altri beni costituzionali, eccezionalmente compressi, non si contrappone affatto a quella di tutelare il rispetto delle scadenze elettorali. In altri termini, lo spostamento di una scadenza elettorale entro il lasso di tempo previsto dalla legge in presenza di una compressione di altri diritti costituzionalmente protetti, per quanto necessaria, non trova ragioni ostative particolari.

Diverso, invece, è il caso – poi verificatosi ma che al momento della valutazione della percorribilità della revoca dell'indizione rappresentava soltanto una mera eventualità – dello spostamento di una data elettorale oltre l'arco temporale stabilito dalla legge, come si illustrerà nel prosieguo. In tale ipotesi, infatti, la valutazione degli effetti della compressione di taluni diritti dovrebbe essere effettuata in comparazione con il sacrificio di altro bene costituzionale (il rispetto della scadenza elettorale e il periodico rinnovo degli organi rappresentativi). In tal caso, però, l'esito del bilanciamento non può ritenersi affatto scontato, ossia necessariamente favorevole ad uno

⁴⁹ Con riferimento alla documentazione relativa alla normativa emergenziale si rinvia *supra* nota 33.

⁵⁰ Il referendum costituzionale era inizialmente stato indetto con decreto del 28 gennaio 2020.

⁵¹ Così, Corte cost., [sent. n. 16 del 1978](#), nel caso di specie, con riferimento all'istituto del referendum abrogativo.

⁵² In particolare, sul rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e regime democratico, cfr. *supra* nota 37.

⁵³ Cfr. art. 15 l. n. 352 del 1970, recante “*Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo*”.

spostamento della data della consultazione, non potendosi escludere *a priori* l'esigenza di far prevalere il rispetto delle scadenze elettorali a fronte dell'esigenza di assicurare il pieno esercizio di diritti costituzionalmente garantiti.

Corrispondentemente allo schema testé delineato, quando si era ancora agli albori della prima fase dell'emergenza sanitaria, il Governo, essendo ancora in atto il decorso dei termini della "finestra temporale" prevista dalla l. n. 352 del 1970 ai fini dell'indizione del referendum costituzionale, ha convenuto di operare il rinvio della consultazione referendaria, peraltro richiesto dallo stesso Comitato per il No⁵⁴, mediante la sola revoca del precedente decreto di indizione senza contestuale fissazione di una nuova data, all'evidente scopo di sfruttare appieno l'arco temporale ancora disponibile.

Così, il Consiglio dei ministri nella seduta del 5 marzo 2020, in considerazione di quanto disposto con il d.p.c.m. 4 marzo 2020, recante misure per il contrasto, il contenimento, l'informazione e la prevenzione sull'intero territorio nazionale del diffondersi del virus COVID-19, su proposta del Presidente del Consiglio, ha deliberato di proporre al Presidente della Repubblica la revoca del decreto del 28 gennaio 2020, con il quale era stato indetto il referendum costituzionale. In pari data veniva, dunque, emanato il decreto del Presidente della Repubblica che si limitava a disporre la revoca del precedente decreto di indizione⁵⁵ con conseguente sospensione delle operazioni connesse al procedimento referendario con effetto immediato⁵⁶.

Si riscontrano al riguardo alcuni precedenti in tal senso, seppur riguardanti altre tipologie di referendum. In particolare, si ricorda il d.p.r. 24 dicembre 2012 di revoca del procedimento referendario, indetto con d.p.r. 10 dicembre 2012, per il distacco della provincia di Piacenza dalla Regione Emilia-Romagna e l'aggregazione alla Regione Lombardia, ove nelle premesse espressamente si afferma che «[...] *a seguito del decreto del Presidente della Repubblica di indizione del referendum e prima dell'effettivo svolgimento dello stesso, l'eventuale esercizio del potere di revoca della indizione rientra nelle attribuzioni presidenziali, su proposta delle competenti Autorità di governo*»⁵⁷.

⁵⁴ V. all'indirizzo telematico <http://www.coordinamentodemocraziacostituzionale.it/2020/02/25/12266/>.

Il Comitato per il NO del coordinamento per la democrazia costituzionale, con nota indirizzata al Presidente della Repubblica, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Presidenti delle Camere, in data 25 febbraio 2020 aveva chiesto il rinvio del referendum sul testo di legge costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari, fissato originariamente per il 29 marzo 2020, a seguito dell'emergenza determinatasi per il coronavirus (COVID-19) e delle disposizioni adottate con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. In particolare, il Comitato faceva presente che il citato d.l. elencava, all'art. 1, comma 2, lett. c), tra le misure che potevano essere adottate per contenere la diffusione del virus, anche quella della «sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico». Affermava, quindi, che inevitabilmente tale previsione avrebbe ricompreso anche le iniziative di campagna elettorale, che sarebbero risultate impedito da atti dell'Autorità fondati sul decreto-legge. Ed in effetti al decreto-legge seguivano immediatamente decreti del Presidente del Consiglio che vi davano attuazione e successivi decreti-legge che ampliavano ulteriormente le restrizioni consentite alla pubblica Autorità. Il Comitato, infine, chiedeva il rinvio del referendum costituzionale del 29 marzo 2020, con fissazione *ex novo* della data al momento in cui l'emergenza avrebbe potuto considerarsi effettivamente superata ed evidenziava che «Se non si ritenesse possibile decidere tale rinvio sulla base della normativa posta dalla l. n. 352 del 1970, andrebbe considerata l'adozione di un decreto-legge in deroga. Tale decreto, toccando solo la data, non troverebbe ostacolo nell'art. 72 della Costituzione e, per indubbia situazione di straordinaria necessità ed urgenza sarebbe certo giustificato ai sensi dell'art. 77».

⁵⁵ D.p.r. 5 marzo 2020 di revoca del decreto del Presidente della Repubblica 28 gennaio 2020, concernente indizione del referendum popolare confermativo della legge costituzionale recante: «Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari», pubblicato nella *G.U.*, Serie Generale, n. 57 del 6 marzo 2020.

⁵⁶ Sul punto, cfr. la [Circolare n. 17 del 2020 del Ministero dell'Interno](#) – Dipartimento per gli affari interni e territoriali – Direzione centrale per i servizi elettorali, concernente la sospensione delle operazioni relative al referendum *ex art.* 138 della Costituzione per l'approvazione del testo di legge costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari.

⁵⁷ Si pensi, inoltre, anche al caso del decreto n. 9/E del 10 marzo 2012 con il quale il Presidente della Regione Sardegna ha revocato il decreto n. 18 del 20 febbraio 2012 di indizione di cinque *referendum* abrogativi e cinque consultivi regionali, con contestuale fissazione della nuova data di svolgimento delle consultazioni referendarie.

Il Governo ha provveduto seguendo *a contrario* il procedimento previsto dall'art. 15 della citata l. n. 352 del 1970. Ai sensi dei commi 1 e 2 del predetto art. 15, infatti, «Il referendum è indetto con decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei Ministri, entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza che lo abbia ammesso. La data del referendum è fissata in una domenica compresa tra il 50° e il 70° giorno successivo all'emanazione del decreto di indizione»⁵⁸.

L'ordinanza dell'Ufficio Centrale per il referendum della Corte di Cassazione, con la quale è stata dichiarata conforme al disposto dell'articolo 138 della Costituzione e della l. n. 352 del 1970 la richiesta di referendum presentata il 10 gennaio 2020, nonché la legittimità del quesito referendario, è stata depositata il 23 gennaio 2020 e comunicata in pari data. Ai sensi di legge, quindi, il termine di sessanta giorni per l'indizione del referendum costituzionale sarebbe scaduto il 23 marzo 2020. Ciò posto, al fine di sfruttare integralmente la finestra elettorale, non veniva contestualmente emanato un nuovo decreto di indizione⁵⁹, con l'intendimento di fissare la data alla scadenza del termine di sessanta giorni, così da poterla individuare sul finire della finestra temporale compresa tra il 50° e il 70° giorno successivo all'emanazione del decreto di indizione (quindi tendenzialmente domenica 31 maggio 2020), nella speranza che tale dilazione potesse rendere possibile la celebrazione in sicurezza della consultazione stessa.

Come detto, poiché l'operazione di rinvio avveniva all'interno delle previsioni legislative, mediante la proposta di revoca e il conseguente rinvio dell'indizione, il Governo ha operato un bilanciamento tra i diritti e principi costituzionali coinvolti dall'emergenza sanitaria (da un lato, il principio democratico che richiede il rispetto delle scadenze elettorali; dall'altro, la libertà di voto, intesa come sopra detto in termini estensivi e dunque come risultato della possibilità di esercizio di altre libertà a partire da quelle di riunione e di circolazione; dall'altro ancora, la tutela della salute intesa come diritto fondamentale del singolo e interesse della collettività) sul quale nessun dubbio di ragionevolezza può essere sollevato. Tale bilanciamento, del resto, è stato effettuato nell'ambito della discrezionalità rimessa al Governo dalla legge n. 352 del 1970 e circoscritta dalla “finestra temporale” ivi prevista⁶⁰.

Come anticipato, dunque, in quest'ottica può essere individuata la *ratio* della mancata contestuale fissazione di una nuova data di indizione del referendum. All'atto della decisione risultavano, infatti, imprevedibili il tempo e l'evoluzione dell'emergenza sanitaria. Posto che il bilanciamento implica un'inevitabile “compressione” di un diritto costituzionale a favore di un altro di pari rango, la ragionevolezza della misura di tale compressione appare assicurata, nel caso di specie, dal permanere della scelta governativa nell'ambito dei limiti temporali stabiliti dalla legge. Tenuto conto dell'ampiezza della “finestra temporale” residua, in pendenza del termine ultimo di indizione, può ritenersi meno invasivo l'intervento di mero rinvio del referendum, in attesa di disporre di ulteriori elementi di valutazione, rispetto alla fissazione “al buio” di una nuova data, addirittura oltre tale “finestra” in deroga alla legge e dunque necessariamente con un provvedimento d'urgenza di rango primario (all'epoca ancora non pienamente valutabile).

⁵⁸ Sui problemi interpretativi derivanti dall'applicazione dell'art. 15 della l. n. 352 del 1970, con particolare riguardo al referendum costituzionale del 2001 e del 2006, cfr. per tutti, P. CARNEVALE, *Ma la data di svolgimento del referendum costituzionale è davvero liberamente disponibile?* in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2005, 75 ss. e spec. 83, secondo cui la soluzione di procrastinare lo svolgimento del referendum «ha essa pure un “costo da pagare”, da valutarsi in termini di protrazione “dell'incertezza sulla normativa costituzionale validamente, ma non efficacemente modificata” e, quindi, di determinazione di uno stato di riforma incombente capace soltanto di erodere la legittimazione della Costituzione vigente». Sul punto v. anche G. FONTANA, *Il referendum costituzionale nei processi di riforma della Repubblica*, Napoli, 2012, 175 ss.

⁵⁹ Non veniva neppure fissata una nuova data nell'atto della revoca.

⁶⁰ Sul punto, cfr. Corte cost., [ord. n. 131 del 1997](#), nella quale la Corte ha precisato che «in assenza di situazioni oggettive di carattere eccezionale, nella fissazione della data del referendum spetta al Governo, nell'ambito della cornice temporale definita dalla legge, “la valutazione dei possibili interessi coinvolti”».

Il rinvio del referendum costituzionale, operato mediante la revoca del d.p.r. di indizione, appare dunque ragionevole in quanto volto ad assicurare il rispetto dei principi di massima precauzione⁶¹, adeguatezza, proporzionalità e gradualità nell'adozione di misure adeguate in relazione all'evolversi dello stato di diffusione dell'epidemia⁶², senza irragionevole compressione del principio democratico nella sua capacità di protezione delle scadenze elettorali.

⁶¹ Sul principio di precauzione, cfr. la [Comunicazione](#) della Commissione europea del 2 febbraio 2000. In giurisprudenza, giova ricordare Corte cost., [sent. n. 116 del 2006](#), che, seppur con riferimento alle limitazioni alla libertà di iniziativa economica, svolge alcune precisazioni in ordine all'applicazione del principio di precauzione. La Corte ha affermato che l'imposizione di limiti «può essere giustificata costituzionalmente solo sulla base di “indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali, a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici” ([sentenza n. 282 del 2002](#))». Al riguardo, inoltre, cfr. *ex multis*, R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018; A. NAPOLITANO, *L'evoluzione del principio di precauzione nel panorama giuridico nazionale ed europeo*, in [De Iustitia](#), n. 1 del 2019, p. 64 ss.; T. PASQUINO, *Il principio di precauzione ai tempi del Covid-19 tra “rischio” ed “emergenza”*, in [BioLaw Journal](#), fascicolo speciale n. 1 del 2020, la quale pone in rilievo, tra l'altro, il nesso tra principio di precauzione e il principio di proporzionalità; F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in [Federalismi.it](#), n. 32 del 2020, 183-220.

⁶² Cfr., anche Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655, ove si afferma che «4.4. Posta la differenza concettuale che intercorre tra precauzione (limitazione di rischi ipotetici o basati su indizi) e prevenzione (limitazione di rischi oggettivi e provati) - il principio di precauzione, dettato in primis dall'art. 191 del TFUE e a seguire recepito da ulteriori fonti comunitarie e dai singoli ordinamenti nazionali, fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di scongiurare i rischi potenziali per la sanità pubblica [...] senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e prima che subentrino più avanzate e risolutive tecniche di contrasto. L'attuazione del principio di precauzione comporta dunque che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi [...], l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5525 e sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495). 4.5. La Comunicazione della Commissione Europea del 2 febbraio 2000 fornisce indicazioni di indirizzo in merito alle condizioni di applicazione del principio di precauzione, individuandole nelle due seguenti: (i) la sussistenza di indicazioni ricavate da una valutazione scientifica oggettiva che consentano di dedurre ragionevolmente l'esistenza di un rischio per [...] la salute umana; (ii) una situazione di incertezza scientifica oggettiva che riguardi l'entità o la gestione del rischio, tale per cui non possano determinarsene con esattezza la portata e gli effetti. Nella prospettiva della Commissione Europea, l'azione precauzionale è pertanto giustificata solo quando vi sia stata l'identificazione degli effetti potenzialmente negativi (rischio) sulla base di dati scientifici, seri, oggettivi e disponibili, nonché di un “ragionamento rigorosamente logico” e, tuttavia, permanga un'ampia incertezza scientifica sulla “portata” del suddetto rischio (par. 5.1.3). 4.6. Nel conseguente bilanciamento delle più opportune iniziative di contenimento del rischio, la scelta del c.d. “rischio zero” entra in potenziale tensione con il principio di proporzionalità, il quale impone misure “congrue rispetto al livello prescelto di protezione” ed una conseguente analisi dei vantaggi e degli oneri dalle stesse derivanti: dunque, non è sempre vero che un divieto totale od un intervento di contrasto radicale costituiscano “una risposta proporzionale al rischio potenziale”, potendosi configurare situazioni e contesti specifici che rendono una tale strategia inopportuna, inutilmente dispendiosa, se non sostanzialmente improduttiva. In siffatte ipotesi, per coniugare in modo bilanciato esigenze di precauzione e di proporzionalità, la Commissione suggerisce di modulare l'azione cautelativa in relazione alla evoluzione dei suoi risultati, sottoponendo le misure adottate ad un'opera di controllo e di “revisione, alla luce dei nuovi dati scientifici” (par. 6 e 6.3.5)». In via generale sul sindacato del giudice amministrativo, cfr., tra gli altri, F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, in [Federalismi.it](#), n. 17 del 2018 il quale precisa che «In dottrina, l'utilizzo del termine e l'analisi critica del principio si è di volta in volta appuntata sulla individuazione di alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere, sulla delimitazione della sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione, sulla definizione del sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa e sul richiamo ad un più generico “dovere di ragionevolezza” che la pubblica amministrazione agente o decidente dovrebbe in concreto osservare [...] In ogni caso, il sindacato di ragionevolezza operato dal giudice amministrativo sotto forma dell'eccesso di potere, presenta, oltre che analogie, significative divergenze con quello operato sulle leggi (L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 158). Ed infatti, aldilà delle critiche mosse alle tesi che accostano il sindacato di ragionevolezza sulle leggi al controllo dei giudici amministrativi sul vizio di eccesso di potere, e delle obiezioni mosse alla sostenuta configurabilità, nell'ambito del giudizio dinanzi alla Corte di un eccesso di potere legislativo (A. CELOTTO, *Corte Costituzionale ed eccesso di potere legislativo*, in *Giur. Cost.*, n. 5 del 1995, 3724 ss.), se sono riscontrabili certamente analogie dal punto di vista strutturale, i due tipi di controllo divergono sul piano sostanziale, alla luce – quantomeno – del carattere libero e non discrezionale che caratterizza l'esercizio della funzione amministrativa e della conseguenziale impossibilità di assimilare le leggi ai provvedimenti amministrativi».

6. Il decreto-legge di proroga del termine per l'indizione del referendum costituzionale.

Il perdurare e l'aggravarsi dello stato di emergenza sanitaria su tutto il territorio nazionale non hanno reso possibile, tuttavia, la nuova indizione del referendum nell'ambito della "finestra" temporale prevista dall'art. 15 della l. n. 352 del 1970. Conseguentemente, con decreto-legge⁶³ il Governo modificava in duecentoquaranta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza che lo ha ammesso (23 gennaio 2020) il termine entro il quale indire il *referendum* confermativo del testo di legge costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari, in deroga al termine di sessanta giorni previsto, in via generale, dal citato art. 15. In sostanza, in via d'eccezione e con intervento d'urgenza di rango legislativo, è stata prevista una proroga del termine ultimo di indizione referendum costituzionale in esame. In tal modo, diversamente dal procedimento di revoca dell'indizione, il Governo non è intervenuto nell'ambito di una discrezionalità già delimitata dalla legge ma ha esercitato i poteri previsti dall'art. 77 Cost. in casi di straordinaria necessità ed urgenza, sotto la propria responsabilità.

In tale ambito, è dunque riscontrabile una progressività degli interventi in materia elettorale, in attuazione del principio di proporzionalità delle misure adottate nel bilanciamento tra principio democratico, libertà di voto e tutela della salute. Di qui, certamente, la necessità del ricorso ad una fonte primaria quale il decreto-legge⁶⁴ ma anche di una valutazione più stringente della ragionevolezza dell'intervento di natura eccezionale.

Il protrarsi della pandemia con il conseguente inasprirsi delle misure temporanee limitative di alcune libertà e diritti di rango costituzionale (fino al *lockdown* a livello nazionale) non ha effettivamente reso possibile lo svolgimento della consultazione referendaria. Come detto, infatti, se da un lato la tutela della salute implica la necessità di salvaguardare l'incolumità individuale e collettiva con riferimento prevalentemente al giorno delle votazioni (evitando assembramenti e contiguità sociale), dall'altro, il corretto e libero esercizio del diritto di voto presuppone il pieno godimento delle libertà e dei diritti costituzionali prodromici ad esso⁶⁵. La valutazione della ragionevolezza di tale ulteriore "rinvio" del referendum costituzionale, operata dall'art. 81 del citato d.l. n. 18 del 2020, non può che essere positiva, la proroga risultando congrua in relazione al tempo necessario ai fini dello svolgimento della campagna referendaria nonché delle operazioni previste dal procedimento elettorale nel suo complesso.

La possibilità di utilizzare la decretazione d'urgenza per il differimento del referendum costituzionale e, a maggior ragione, il suo utilizzo per il rinvio delle elezioni amministrative e regionali induce ad una riflessione con riferimento a quella parte della dottrina che ha ipotizzato

⁶³ Si tratta dell'art. 81 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, 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.

⁶⁴ M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2020, 25-26, ha affermato che «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. La Costituzione, peraltro, non è insensibile al variare delle contingenze, all'eventualità che dirompano situazioni di emergenza, di crisi, o di straordinaria necessità e urgenza, come recita l'art. 77 Cost., in materia di decreti-legge. La Repubblica ha attraversato varie situazioni di emergenza e di crisi – dagli anni della lotta armata a quelli della più recente crisi economica e finanziaria – che sono stati affrontati senza mai sospendere l'ordine costituzionale, ma ravvisando all'interno di esso quegli strumenti che permettessero di modulare i principi costituzionali in base alle specificità della contingenza: necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, in ogni tempo deve attuarsi la tutela "sistemica e non frazionata" dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dei relativi limiti. Dunque, nella giurisprudenza costituzionale si ravvisano criteri in sé sufficientemente elastici e comprensivi da consentire una adeguata considerazione delle specificità del tempo di crisi».

⁶⁵ In proposito, cfr. *supra*, tra le altre, le note 30 e 37. Inoltre in tema di libertà di manifestazione del pensiero, cfr., tra le altre, Corte cost. [sentt. nn. 29 del 1996](#), [312 del 2002](#) e [151 del 2005](#), nella quale la Corte ribadisce che l'informazione esprime «una condizione preliminare per l'attuazione dei principi propri dello Stato democratico».

l'esclusione dell'intervento della decretazione d'urgenza nelle materie indicate dall'art. 72, quarto comma, Cost. e oggetto di riserva di Assemblea, tra le quali la materia elettorale.

Sebbene in dottrina sia stata ipotizzata l'esclusione dell'intervento con decretazione d'urgenza nelle materie indicate da tale disposizione costituzionale⁶⁶, la prassi è stata di segno opposto. Risultano infatti adottati decreti-legge in materia elettorale motivati da ragioni essenzialmente tecniche: accorpamento di elezioni amministrative; prolungamento del termine delle elezioni di voto; contemporaneo svolgimento delle elezioni europee regionali e amministrative⁶⁷.

⁶⁶ Sulla possibilità di ricavare dall'art. 72, quarto comma, Cost. un divieto all'impiego della decretazione d'urgenza nelle materie ivi indicate, cfr. G. GROTTANELLI De' SANTI, *Uso e abuso del decreto-legge*, in *Dir. Soc.*, 1978, 254 ss.; S. LABRIOLA, *La decretazione legislativa d'urgenza*, in *Il Governo e alcune sue funzioni (Studi)*, I, Padova, 1981, 225 ss. *Contra*, L. PALADIN, *Art. 77*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali (Art. 1-12)*, Bologna-Roma, 1980. V. DI CILOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, I, Milano, 1970, 172 s. È stato anche evidenziato che l'art. 15, comma 2, lett. b), della l. 23 agosto 1988, n. 400, esclude la decretazione d'urgenza nelle materie di cui all'art. 72, quarto comma, Cost. Si tratta, tuttavia, di un vincolo che, in quanto introdotto da una legge, è superabile dalle fonti equiordinate, tra i quali i medesimi decreti-legge. Sul punto, tra gli altri, cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1993, 102-103; M. PEDRAZZA GORLERO, *Le fonti dell'ordinamento repubblicano*, Milano, 2010, 112, il quale ipotizza la sua illegittimità costituzionale perché «non sembra sussistere né coincidenza né un collegamento significativo fra la riserva di Parlamento, che preclude il ricorso al decreto legge, e la riserva di Assemblea». Considerato che si sono registrati casi di intervento con decretazione d'urgenza nelle materie indicate (sul punto cfr. *infra* nota 67) sembrerebbe potersi sostenere che, quantomeno nella prassi, tale disposizione costituzionale ha assunto un significato più restrittivo, limitato ad individuare i casi nei quali l'approvazione di un disegno di legge debba avvenire con il procedimento normale, senza che tale riserva d'Assemblea si sia trasformata anche in una riserva di legge. Di opinione contraria è invece T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, G. Silvestri (cur.), Milano, 1967, 493, il quale ritiene che l'art. 72 Cost. contenga una riserva di legge implicita. Per l'A., poiché la disposizione esclude procedimenti legislativi diversi da quello ordinario in alcune materie, «a fortiori, esclude che tali materie possano essere disciplinate da un atto avente forza di legge o da un regolamento». Coerentemente, Martines esclude la possibilità di intervento nelle materie di cui all'art. 72 Cost. a tutte le «procedure normative» diverse da quella legislativa ordinaria, con l'esito però di scontrarsi con l'ormai lunga prassi difforme. Sul concetto di riserva di legge tacitamente disposta, cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 62. e sul concetto di riserva implicita, cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 189.

⁶⁷ Si ricordano i seguenti decreti-legge sulla legislazione elettorale cd. di contorno: 1) d.l. n. 1 del 2006, in materia di ammissione al voto domiciliare di elettori affetti da infermità che ne rendano impossibile l'allontanamento dall'abitazione; 2) d.l. n. 3 del 2009 che ha introdotto una disciplina volta a consentire lo svolgimento contemporaneo delle elezioni europee e delle elezioni amministrative del 2009, prevedendo, tra l'altro, lo svolgimento delle operazioni di voto, diversamente da quanto solitamente previsto, nelle giornate di sabato (dalle ore 15 alle ore 22) e domenica (dalle ore 7 alle ore 22); 3) d.l. n. 39 del 2009 che, a seguito del sisma che ha colpito la Regione Abruzzo, ha rinviato le elezioni della primavera 2009 del presidente della provincia, del consiglio provinciale, dei sindaci e dei consigli comunali nella provincia di L'Aquila ad una data da fissare con successivo decreto del Ministro dell'interno tra il 1° novembre ed il 15 dicembre 2009; 4) d.l. n. 131 del 2009 che ha abbinato il primo turno delle elezioni amministrative del 2010 con le elezioni regionali; 5) d.l. n. 37 del 2011 che è intervenuto in materia di: funzionamento delle Commissioni elettorali circondariali, prevedendo la designazione da parte del prefetto di funzionari statali da nominare quali componenti aggiunti delle Commissioni e sottocommissioni elettorali circondariali, al fine di assicurare in ogni caso il *quorum* funzionale degli organi (art. 1, comma 1); agevolazioni di viaggio per gli elettori, introducendo un'agevolazione tariffaria per i viaggi aerei all'interno del territorio nazionale, pari al 40% del costo del biglietto di andata e ritorno, nella misura massima di 40 euro; 6) d.l. n. 98 del 2011 che ha introdotto in via generale il c.d. *election day*, stabilendo, a decorrere dal 2012, lo svolgimento in un'unica data nell'arco dell'anno delle elezioni politiche, comunali, provinciali e regionali, compatibilmente con i rispettivi ordinamenti (restano ferme le disposizioni speciali vigenti in caso di scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazione mafiosa). Se nel corso dell'anno si svolgono le elezioni del Parlamento europeo, le elezioni politiche, amministrative e regionali si effettuano, se possibile, nella data stabilita per le elezioni europee; 7) d.l. n. 15 del 2012 che, limitatamente alle elezioni amministrative della primavera del 2012, in deroga alla disciplina vigente, ha disposto una anticipazione dei termini per la presentazione delle liste e delle candidature; 8) d.l. n. 223 del 2012, recante disposizioni urgenti per lo svolgimento delle elezioni politiche del 2013, la cui legge di conversione ha modificato alcune fasi del procedimento elettorale esclusivamente per le elezioni politiche dell'anno 2013 e solo in caso di scioglimento anticipato delle Camere; 9) d.l. n. 27 del 2015 che, in vista delle elezioni regionali e amministrative del 2015, ha introdotto una disposizione volta a realizzare le condizioni per il loro svolgimento abbinato, secondo il principio dell'*election day*; a tal fine, con una modifica all'art. 5 della legge n. 165/2004 ha esteso il termine per le nuove elezioni dei consigli regionali oltre i sessanta giorni successivi al termine del quinquennio, comprendendovi la domenica ricadente nei sei giorni ulteriori. Per completezza di informazione, si segnala che, successivamente all'adozione del citato d.l. n. 18 del 2020 e del d.l. n. 26 del 2020 recante disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020, è stato

Per quanto concerne la delimitazione della materia elettorale, la Corte costituzionale ha precisato che in tale materia «va ricompreso anche ciò che attiene alla organizzazione della funzione elettorale, ossia tutta quella normazione positiva riguardante lo svolgimento delle elezioni»⁶⁸.

Tuttavia, con particolare riferimento alla decretazione d'urgenza in materia referendaria, si ricorda la [sent. n. 161 del 1995](#) pronunciata nell'ambito di un giudizio su un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato riguardante il d.l. 20 marzo 1995, n. 83 in materia di parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie, nella quale la Corte costituzionale ha precisato quanto segue: «Per quanto concerne [...] il limite oggettivo che, rispetto alla decretazione d'urgenza, viene dedotto [...] con riferimento alla materia referendaria, v'è da rilevare che tale limite non risulta desumibile, né direttamente né indirettamente, dalla disciplina costituzionale. Il rilievo può valere anche per quanto concerne il divieto – desunto dall'art. 72, quarto comma, della Costituzione e richiamato dall'art. 15, secondo comma, lettera b), della legge 13 agosto 1988, n. 400 – relativo alla materia elettorale: e, invero, anche a voler ammettere, ai fini dell'operatività di detto limite [...], una piena equiparazione tra materia elettorale e materia referendaria, resterebbe pur sempre il fatto che» ugualmente non sarebbe rilevante «una disciplina che non viene a toccare né il voto né il procedimento referendario in senso proprio».

Tale precisazione sembra indurre a ritenere, come la dottrina ha sottolineato, che il divieto di intervenire con decreto-legge in materia elettorale riguardi il c.d. “nucleo duro” della legge elettorale, essenzialmente quello che regola la determinazione della rappresentanza politica in base ai voti ottenuti, e non incida invece sulla cosiddetta legislazione elettorale di contorno o sulla disciplina di aspetti di carattere procedimentale o organizzativo⁶⁹.

Da un punto di vista più generale, inoltre, va considerato che l'ordinamento non esclude di per sé che possano verificarsi dei rinvii delle tornate referendarie già fissate, sia in relazione ai referendum abrogativi (nel caso di fine anticipata della Legislatura)⁷⁰, sia in riferimento al referendum per la

adottato il d.l. n. 103 del 2020, che disciplina le modalità operative, precauzionali e di sicurezza per la raccolta del voto nelle consultazioni elettorali e referendarie dell'anno in corso.

⁶⁸ Così Corte cost., [sent. n. 104 del 1973](#).

⁶⁹ In tal senso si vedano, per esempio, R. BIN, *Può una legge elettorale essere adottata con un decreto-legge? Trastullandosi con il colpo di Stato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 18 novembre 2012, 2; *ivi*, N. ZANON, *Note sull'ammissibilità di un decreto-legge in materia elettorale*, 28 novembre 2012, 3. In senso più dubitativo G. TARLI BARBIERI, *Il rinvio delle elezioni in tempo di coronavirus*, cit., 953, il quale evidenzia che in realtà «anche innovazioni a livello procedimentale, anche di dettaglio, possono condizionare il voto e il risultato della competizione elettorale». Anche per questo Autore però nel caso di specie, «In linea di principio [...] visto il contesto emergenziale, l'uso della decretazione d'urgenza non appare di per sé censurabile». In realtà si sono verificati due casi di utilizzo a tal fine del decreto-legge. Si tratta del d.l. 31 luglio 2020, n. 86, recante “Disposizioni urgenti in materia di parità di genere nelle consultazioni elettorali delle regioni a statuto ordinario”, convertito dalla legge 7 agosto 2020, n. 98, adottato al fine di garantire, a tutela dell'unità giuridica della Repubblica, l'effettività del rispetto del principio di accesso alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza ai sensi dell'art. 51, primo comma, Cost. Il provvedimento prevede l'esercizio del potere sostitutivo dello Stato, ai sensi dell'art. 120 Cost., nei confronti della Regione Puglia, inottemperante all'invito ad adeguarsi ai principi relativi alla promozione delle pari opportunità tra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive. Su tale decreto si vedano per tutti D. CASANOVA, *Riflessioni sulla legittimità della sostituzione legislativa da parte del Governo ex art 120 Cost. Note critiche a partire dal decreto legge n. 86 del 2020*, in [Nomos](#), n. 3, 2020, 1 ss. e L. TRUCCO, *Da mar Ligure allo Ionio: Norme elettorali “last minute” e rappresentanza di genere di “mezza estate”, finalmente*, in *questa Rivista*, *Libera Amicorum per Pasquale Costanzo*, 1 ss. L'altro, caso risalente al 2005 prima che venisse approvata la l. 21 dicembre 2005, n. 270 (cd. *Porcellum*), è costituito dal d.l. 26 aprile 2005, n. 64, recante “*Disposizioni urgenti per la ripartizione di seggi per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*”, convertito, con modificazioni, dalla l. 25 giugno 2005, n. 110, che aveva lo scopo di consentire, in caso di scioglimento anticipato delle Camere e di mancata conclusione del procedimento di revisione dei collegi elettorali (richiesto in conseguenza delle variazioni della popolazione risultanti dal censimento generale del 2001) e della nuova disciplina sul voto degli italiani all'estero, la distribuzione dei seggi da assegnare con il metodo proporzionale in ciascuna circoscrizione, anche in deroga al rapporto tra il 75% dei seggi uninominali e il 25% dei seggi destinati al recupero proporzionale, previsto dalle leggi elettorali per le due Camere. Il decreto-legge in questo caso però non ha mai trovato applicazione a causa della successiva approvazione della citata legge elettorale.

⁷⁰ Si tratta di un'ipotesi espressamente disciplinata dall'art. 34, commi 1 e 2, della l. n. 352 del 1970, ai sensi dei quali «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

modificazione territoriale delle regioni previsto dall'art. 132 Cost.,⁷¹ sia in relazione proprio al referendum confermativo di cui all'art. 138 Cost. (per permettere il differimento fino a 6 mesi del termine ultimo di indizione per consentire il contestuale svolgimento di più referendum)⁷².

Complessivamente, dunque, alla luce delle disposizioni legislative e dei precedenti, non sembra errato considerare che l'adozione del decreto-legge di rinvio dei termini elettorali non abbia travalicato né i requisiti di proporzionalità che devono caratterizzare il bilanciamento costituzionale descritto, né i limiti della decretazione d'urgenza in materia elettorale.

7. L'abbinamento del referendum costituzionale con le altre consultazioni elettorali.

In considerazione della necessità di garantire lo svolgimento di consultazioni elettorali per l'anno 2020 in condizioni di sicurezza per i cittadini e di intervenire con urgenza, al fine di evitare fenomeni di assembramento di persone e condizioni di contiguità sociale, il Governo, nella seconda metà dell'aprile 2020, adottava ulteriori misure urgenti⁷³. Il provvedimento posticipava in via eccezionale, alla luce dell'emergenza sanitaria, i termini ordinari per lo svolgimento delle consultazioni elettorali previste nel 2020⁷⁴. Inoltre, disponeva che le operazioni di votazione per le consultazioni elettorali e

comizi elettorali per la elezione delle nuove Camere o di una di esse. I termini del procedimento per il referendum riprendono a decorrere a datare dal 365° giorno successivo alla data della elezione». Sulle questioni interpretative relative a tali previsioni, cfr., in particolare, M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. Branca, A. Pizzorusso (curr.), *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, Tomo I, 2, II, Bologna-Roma, 2005, 527 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati. Cfr., anche G. TARLI BARBIERI, *Il rinvio delle elezioni in tempo di coronavirus*, cit., 946-947 (e spec. nota 49), il quale evidenzia, tra l'altro, che «la *ratio* delle stesse, stando ai lavori preparatori, è rinvenibile nell'esigenza di non alterare l'esito delle elezioni politiche con il condizionamento derivante da quesiti relativi a temi particolari e contingenti. Nella prassi l'art. 34, c. 2, si è rivelato assai rilevante e contribuisce a spiegare, da un lato, la fine anticipata di alcune legislature e, dall'altro, la "manipolazione" *una tantum* dei termini da parte del legislatore successivo che è stata giustamente criticata dalla dottrina "tradendo in modo evidente un modo di concepire il diritto - e particolarmente quello in materia costituzionale - non come *regola* degli interessi politici ma come *strumento* della loro affermazione" [G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 471, nt. 1]». L'Autore ricorda che in «tre casi, nel 1972, nel 1979, nel 1987 si arrivò allo scioglimento delle Camere anche, ma nel primo e nel terzo caso soprattutto, per evitare consultazioni referendarie che avrebbero determinato contrapposizioni in seno alla maggioranza parlamentare, tanto che si è parlato in queste occasioni di una sorta di "convenzione antireferendaria"». Al riguardo, per tutti, P. CALANDRA, *Competenze formali e convenzioni politiche negli scioglimenti anticipati delle Camere*, in *Quad. cost.*, 1988, 7 ss.; F. MODUGNO, *Abrogazione referendaria e scioglimento delle Camere*, in *Parlamento*, nn. 3-5, 1987, 10 ss.; M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., 198, il quale ha qualificato la l. n. 332 del 1987 come «una vera e propria leggina adottata per ragioni tattiche, in seguito allo scioglimento anticipato e alle elezioni del 14 e 15 giugno di quell'anno». Un esempio di applicazione di tale previsione è costituito dal rinvio per elezioni anticipate di tre referendum indetti nel 2008 i cui comizi elettorali sono stati convocati per il 21 giugno 2009, peraltro, in deroga al disposto del comma 1 dell'art. 34 della l. n. 352 del 1970, che prevede la fissazione della data di convocazione degli elettori in una domenica compresa tra il 15 aprile e il 15 giugno. L'art. 1, comma 1, della l. 28 aprile 2009, n. 40 ("*Disciplina transitoria per lo svolgimento dei referendum previsti dall'articolo 75 della Costituzione da tenersi nell'anno 2009*") ha previsto, infatti, che i referendum abrogativi da tenersi nell'anno 2009 dovessero essere indetti per una domenica compresa tra il 15 aprile e il 30 giugno del medesimo anno, al fine di consentire il contemporaneo svolgimento dei referendum con il secondo turno di votazione delle elezioni amministrative fissato per il 21 giugno 2009.

⁷¹ L'art. 44, al comma 2, della l. n. 352 del 1970 prevede che l'indizione del referendum può essere ritardata di non oltre un anno rispetto al termine ivi stabilito, allo scopo di far coincidere la convocazione degli elettori per il referendum con quella per il referendum costituzionale di cui all'art. 138 della Costituzione.

⁷² L'art. 15, comma 3, della l. n. 352 del 1970, prevede, infatti, che, qualora sia intervenuta la pubblicazione del testo di un'altra legge di revisione della Costituzione o di un'altra legge costituzionale, il Presidente della Repubblica possa ritardare, fino a sei mesi oltre il termine di 60 giorni dalla comunicazione dell'ordinanza che lo ammette, l'indizione del referendum, in modo che i due referendum costituzionali si svolgano contemporaneamente con unica convocazione degli elettori per il medesimo giorno.

⁷³ Si tratta, in particolare del d.l. 20 aprile 2020, n. 26, recante "Disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020", convertito, con modificazioni, dalla l. 19 giugno 2020, n. 59.

⁷⁴ La posticipazione riguardava le seguenti scadenze (art. 1): elezioni suppletive per la Camera e per il Senato; elezioni dei consigli comunali e circoscrizionali; elezioni dei consigli provinciali nonché dei Presidenti delle province; elezioni per il rinnovo dei consigli regionali e per l'elezione del Presidente, nelle regioni a statuto ordinario. Inoltre, con il

referendarie dell'anno 2020 si svolgessero anche nella giornata di lunedì, in deroga a quanto previsto dalla normativa vigente, che dispone lo svolgimento delle elezioni nella sola giornata di domenica. L'estensione della possibilità di esercitare il voto anche al lunedì era evidentemente finalizzato a diluire i tempi della consultazione, onde agevolare il distanziamento sociale in relazione alla situazione epidemiologica⁷⁵. Infine, nel corso dell'esame del disegno di legge di conversione⁷⁶ presso la Camera dei deputati, si prevedeva l'applicazione del principio della concentrazione delle scadenze elettorali (cd. *election day*), già introdotto nell'ordinamento nel 2011⁷⁷, anche al referendum sul testo di legge costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari. La disposizione del 2011, invero, non includeva le consultazioni referendarie tra quelle da svolgere contestualmente. Relativamente ad esse, a seguito di modifiche apportate successivamente⁷⁸, la disposizione prevedeva infatti soltanto che nel «caso in cui, nel medesimo anno, debba tenersi più di un referendum abrogativo, la convocazione degli elettori [...] avviene per tutti i referendum abrogativi nella medesima data»⁷⁹.

provvedimento è stato ridotto (ad un terzo) il numero minimo di sottoscrizioni richieste per la presentazione di liste e candidature nelle elezioni comunali o regionali (in tale secondo caso, salva diversa determinazione della regione interessata) dell'anno 2020 (art. 1-*bis*, commi 4, 5 e 6).

⁷⁵ In particolare, si prevedeva che le operazioni di voto si svolgessero nella giornata di domenica, dalle ore 7 alle ore 23, e nella giornata di lunedì, dalle ore 7 alle ore 15 (art. 1-*bis*, comma 1). Si prevedeva inoltre che durante le campagne per le consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020, le disposizioni recate dall'art. 4 (“Comunicazione politica radiotelevisiva e messaggi radiotelevisivi autogestiti in campagna elettorale”) della l. 22 febbraio 2000, n. 28 (“Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica”) si applicassero (in relazione alla situazione epidemiologica) «in modo da evitare posizioni di svantaggio» nell'accesso ai mezzi di informazione e nella comunicazione politica (comma 2). Si tratta di una previsione, invero alquanto inefficace, volta a rispondere alla preoccupazione, sottolineata anche in dottrina, «sulla parità di chances delle diverse forze politiche nel confronto elettorale, considerata la inevitabile sovraesposizione della maggioranza di governo in simili frangenti» (A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza*, cit., 14).

⁷⁶ Si fa riferimento all'art. 1-*bis*, introdotto in sede di conversione del decreto-legge 20 aprile 2020, n. 26 (A.C. 2471) e, in particolare alla previsione di cui al comma 3, che, dopo aver ribadito l'applicazione del principio di concentrazione delle scadenze elettorali, ne dispone altresì l'applicazione anche al referendum confermativo del testo di legge di riduzione del numero dei parlamentari. A tale fine prevede che si applicano le disposizioni previste per le elezioni politiche relativamente agli adempimenti comuni, compresi quelli concernenti la composizione, il funzionamento e i compensi degli uffici elettorali di sezione, così disciplinando le modalità di svolgimento delle votazioni per consentire lo svolgimento contestuale delle predette consultazioni elettorali.

⁷⁷ L'*election day* - ossia la concentrazione delle elezioni in un'unica data, qualora si svolgano nello stesso anno - è stato introdotto in via generale dall'art. 7 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, recante “Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria”, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, ai sensi del quale «A decorrere dal 2012 le consultazioni elettorali per le elezioni dei sindaci, dei Presidenti delle province e delle regioni, dei Consigli comunali, provinciali e regionali, del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, si svolgono, compatibilmente con quanto previsto dai rispettivi ordinamenti, in un'unica data nell'arco dell'anno» (comma 1). Inoltre, il citato articolo prevede che, qualora nel medesimo anno si svolgano le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, le predette consultazioni si effettuino nella data stabilita per le elezioni del Parlamento europeo (comma 2). In precedenza, anche senza una disposizione specifica in proposito, si sono verificati diversi casi di accorpamento di consultazioni elettorali diverse, la cui effettuazione ha richiesto in alcuni casi l'adozione di un provvedimento legislativo *ad hoc*. Due provvedimenti regolano, a regime, il procedimento elettorale nella eventualità che si svolgano negli stessi giorni consultazioni elettorali diverse: il d.l. 3 maggio 1976, n. 161, recante “Modificazioni ed integrazioni alle disposizioni di legge relative al procedimento elettorale per le elezioni politiche, regionali, provinciali e comunali nonché norme per il rinvio delle elezioni per la rinnovazione dei consigli comunali nei comuni nei quali si vota col sistema maggioritario il cui quinquennio di carica scade il 12 giugno 1976”, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 maggio 1976, n. 240, che disciplina alcuni aspetti del procedimento elettorale nel caso di contemporaneo svolgimento delle elezioni politiche con quelle regionali (anche a statuto speciale) e amministrative; il decreto-legge 21 maggio 1994, n. 300, recante “Norme per lo svolgimento contemporaneo delle elezioni europee, regionali ed amministrative”, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 453 del 1994). Nel periodo 2002-2014 tuttavia, con il ripristino del voto anche di lunedì è stato necessario adottare provvedimenti *ad hoc* per consentire lo svolgimento contemporaneo di elezioni europee ed altre elezioni. Si veda in proposito d.l. 27 gennaio 2009, n. 3, recante “Disposizioni urgenti per lo svolgimento nell'anno 2009 delle consultazioni elettorali e referendarie”.

⁷⁸ Si fa riferimento all'art. 13, comma 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, recante “Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo”, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

⁷⁹ Così dispone il comma 2-*bis* dell'art. 7 del citato d.l. n. 98 del 2011, inserito dall'art. 13, comma 4, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148. Il successivo comma 2-*ter*, introdotto

Cionondimeno, nulla sembra escludere un abbinamento delle consultazioni referendarie alle altre. In particolare, per quanto riguarda il referendum abrogativo, la legge (e non la Costituzione) pone un esplicito divieto di abbinamento con le sole elezioni politiche, prevedendo che non possa essere depositata richiesta di referendum nell'anno anteriore alla scadenza di una delle due Camere (art. 31 l. n. 352 del 1970). Inoltre, nel caso di elezioni anticipate, il referendum già indetto è rinviato all'anno successivo (art. 34 l. n. 352 del 1970). Quanto ai referendum costituzionali, nel silenzio della legge, si erano fino ad allora svolti senza abbinamento con altre consultazioni elettorali⁸⁰. L'unico caso di svolgimento contestuale di referendum – si trattava di referendum abrogativi – con altre consultazioni elettorali si è verificato il 21 e 22 giugno 2009, date nelle quali si è votato per tre quesiti riguardanti la legge elettorale⁸¹ e per il secondo turno delle amministrative. In particolare, si è trattato di un'ipotesi di rinvio dei tre referendum abrogativi già indetti nel 2008, automaticamente sospesi per fine anticipata della Legislatura, e della loro nuova indizione in una data coincidente con quella delle elezioni amministrative⁸².

Di contro, si ricorda l'opposta vicenda accaduta nel 2011, relativa al mancato abbinamento delle consultazioni referendarie con altre consultazioni elettorali. Il Comitato promotore di quattro referendum sollevava conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del Governo⁸³ per l'indizione dei referendum in una data diversa da quella stabilita per le elezioni amministrative⁸⁴. Al riguardo, la Corte⁸⁵ evidenziava che «l'individuazione di un rigido e ristretto arco temporale, entro il

dall'art. 6-bis, comma 1, del d.l. n. 79 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 131 del 2012, esclude dall'*election day* le elezioni per il rinnovo degli organi degli enti locali sciolti per infiltrazioni mafiose, precisando che per tali elezioni continuano ad applicarsi le disposizioni speciali ivi previste. L'art. 143 del TUEL (d.lgs. n. 267 del 2000), al comma 10, prevede che «[...] Le elezioni degli organi sciolti ai sensi del presente articolo si svolgono in occasione del turno annuale ordinario di cui all'articolo 1 della l. 7 giugno 1991, n. 182, e successive modificazioni. Nel caso in cui la scadenza della durata dello scioglimento cada nel secondo semestre dell'anno, le elezioni si svolgono in un turno straordinario da tenersi in una domenica compresa tra il 15 ottobre e il 15 dicembre. La data delle elezioni è fissata ai sensi dell'articolo 3 della citata l. n. 182 del 1991, e successive modificazioni [...]».

⁸⁰ Essi si sono tenuti il 7 ottobre 2001, il 25-26 giugno 2006 e il 4 dicembre 2016.

⁸¹ I tre quesiti referendari erano contenuti in altrettanti d.p.r. 30 aprile 2009, pubblicati nella *G.U.*, Serie Generale, n. 99 del 30 aprile 2009, e riguardavano: 1) premio di maggioranza nazionale per la Camera dei deputati (in caso di vittoria del sì sarà abrogata la possibilità di collegamento tra liste e l'attribuzione del premio di maggioranza ad una coalizione di liste); 2) premio di maggioranza regionale per il Senato; 3) disciplina delle candidature.

⁸² Come già anticipato, la l. n. 40 del 2009, all'art. 1, comma 1, ha previsto che l'indizione dei referendum della primavera 2009 fossero indetti in una domenica compresa fra il 15 aprile e il 30 giugno (e non tra 15 aprile - 15 giugno, come previsto "a regime" dall'articolo 34, comma 1, l. n. 352 del 1970). Con Decreti del Presidente della Repubblica in data 30 aprile 2009, sono stati convocati, per i giorni di domenica 21 e lunedì 22 giugno 2009, i Comizi per lo svolgimento di tre distinti referendum popolari ex art. 75 della Costituzione per l'abrogazione di alcune disposizioni del Testo Unico delle leggi sull'elezione della Camera dei Deputati, approvato con Decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361 e del Testo Unico delle leggi sull'elezione del Senato della Repubblica, approvato con d.lgs. 20 dicembre 1993, n. 533. In pari tempo, il Ministro dell'Interno, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 2, della suddetta l. n. 40 del 2009, ha indicato, per i medesimi giorni di domenica 21 giugno e lunedì 22 giugno 2009, lo svolgimento dell'eventuale secondo turno di votazione per l'elezione dei Presidenti di Provincia e dei Sindaci non proclamati eletti a seguito del primo turno di votazione del 6 e 7 giugno 2009 (cfr. Circolare n. 24 del 2009 del Ministero dell'Interno). La citata legge, all'art. 1, comma 2, ha disciplinato anche le modalità di svolgimento delle predette consultazioni popolari, prevedendo che, nel caso di contemporaneo svolgimento dei predetti referendum con il secondo turno di votazione per le elezioni dei Presidenti delle province e dei Sindaci, anche quando disciplinate da leggi regionali, per tutti gli adempimenti comuni, ivi compresi la composizione e il funzionamento degli uffici elettorali di sezione e gli orari della votazione, si dovessero applicare le disposizioni in vigore per i referendum previste dall'art. 75 della Costituzione.

⁸³ In riferimento ai decreti del Presidente della Repubblica del 23 marzo 2011.

⁸⁴ Il referendum veniva indetto per il 12-13 giugno 2011, mentre per le amministrative si sarebbe votato il 15-16 maggio. Tra i vari motivi di ricorso, il Comitato promotore ha sostenuto che il Governo avesse fatto cattivo uso del potere di fissazione della data del referendum, non avendone accorpato lo svolgimento con le elezioni amministrative e compiendo così una scelta irragionevole che avrebbe rivelato un tentativo di elusione della richiesta referendaria e che avrebbe contrastato con il principio di buon andamento sancito dall'art. 97 Cost., in quanto avrebbe arrecato un notevole danno alle finanze pubbliche.

⁸⁵ Con l'[ord. 169 del 2011](#), con la quale la Corte costituzionale ha giudicato inammissibile il ricorso, affermando che «rientra nella sfera delle attribuzioni del comitato la pretesa allo svolgimento delle operazioni di voto referendario, una volta compiuta la procedura di verifica della legittimità e della costituzionalità delle relative domande, ma non anche la

quale deve essere tenuta la votazione, rivela che la valutazione dei possibili interessi coinvolti è stata effettuata dal legislatore, secondo la disciplina, di per sé non irragionevole, dettata dalla legge n. 352 del 1970 in un contesto procedimentale con puntuali scansioni temporali, che rende, nella fisiologia del sistema, non altrimenti vincolata la scelta della data all'interno del predetto arco temporale, salvo che sussistano oggettive situazioni di carattere eccezionale – [...] idonee a determinare un'effettiva menomazione dell'esercizio del diritto di voto referendario ([ordinanza n. 131 del 1997](#))». La Corte precisava, inoltre, che «in assenza di tali oggettive situazioni di carattere eccezionale, il mancato accorpamento dei referendum con le elezioni amministrative di per sé non agevola, ma neppure ostacola, lo svolgimento delle operazioni di voto referendario e non è suscettibile di incidere sulle attribuzioni costituzionalmente garantite del comitato promotore»⁸⁶. Infine, la Corte osservava che, «in assenza di situazioni oggettive di carattere eccezionale, nella fissazione della data del referendum spetta al Governo, nell'ambito della cornice temporale definita dalla legge, “la valutazione dei possibili interessi coinvolti” ([ordinanza n. 131 del 1997](#)), tra i quali rientra anche quello al contenimento della spesa».

Senza sorprese, dunque, il 12 agosto 2020, la Corte costituzionale dichiarava inammissibili i quattro ricorsi per conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, sollevati, rispettivamente, dal Comitato promotore del referendum, dalla Regione Basilicata, dal senatore Gregorio De Falco e dall'Associazione +Europa e riguardanti, sotto vari profili, il “taglio dei parlamentari” nonché l'abbinamento tra referendum costituzionale ed elezioni regionali (*election day*)⁸⁷, risultandone confermata la scelta del Governo di accorpare anche il referendum costituzionale alle altre consultazioni.

Nel merito, le obiezioni di tono costituzionale alla scelta di abbinare tutte le consultazioni elettorali non sembrano convincenti. Sostanzialmente, pur con diversi accenti e ricostruzioni, si è obiettato che la diversa natura delle consultazioni referendarie e politiche richiederebbe di tenerne distinte le date

pretesa alla scelta, tra le molteplici, legittime opzioni, della data entro l'arco temporale prestabilito» ([ord. n. 131 del 1997](#); [ordinanze n. 38 del 2008](#) e [n. 198 del 2005](#)).

⁸⁶ In particolare, la Corte precisava anche che, «non essendo configurabile, in ordine alla scelta della data, una specifica potestà costituzionalmente garantita del comitato promotore, risulta inconfidente il richiamo al principio di leale collaborazione: esso in tanto può trovare applicazione in quanto vi sia l'esigenza di coordinare l'esercizio di prerogative analoghe spettanti a poteri diversi che concorrono alla cura di un medesimo interesse costituzionalmente rilevante, né sussistono i presupposti affinché questa Corte sollevi dinanzi a sé la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 della legge n. 352 del 1970».

⁸⁷ In particolare, la Corte ha dichiarato inammissibile ([ord. n. 195 del 2020](#)) il conflitto sollevato dal Comitato promotore del referendum sul testo di legge costituzionale riguardante il “taglio dei parlamentari” avente per oggetto l'abbinamento delle due votazioni, disposto dal d.l. n. 26 del 2020 e dal d.p.r. 17 luglio 2020. Il Comitato promotore non ha legittimazione soggettiva a sollevare questo conflitto dato che la Costituzione non gli attribuisce una funzione generale di tutela del miglior esercizio del diritto di voto da parte dell'intero corpo elettorale. Con il conflitto promosso dall'Associazione +Europa, nella sua veste di partito politico, veniva contestata in particolare la previsione (contenuta nel d.l. n. 26 del 2020) che riduce a un terzo il numero minimo di sottoscrizioni richiesto per presentare liste e candidature nelle elezioni regionali. Secondo +Europa, omettendo di prevedere, in favore dei partiti già presenti in Parlamento, una deroga all'obbligo della raccolta delle sottoscrizioni, il legislatore avrebbe leso le sue attribuzioni costituzionali in quanto partito politico. L'inammissibilità del conflitto ([ord. n. 196 del 2020](#)) deriva dal difetto di legittimazione della ricorrente in base alla costante giurisprudenza costituzionale che nega ai partiti politici la natura di potere dello Stato. Con riferimento al ricorso presentato dal senatore De Falco nei confronti del Senato, del Governo e del Presidente della Repubblica, la Corte costituzionale ([ord. n. 197 del 2020](#)) ha ritenuto che esponesse, in modo confuso e incoerente, critiche alla legge elettorale, alla riforma costituzionale, all'accorpamento delle consultazioni, all'utilizzo dei decreti-legge e, infine, al procedimento di conversione in legge degli stessi, sovrapponendo argomenti giuridico-costituzionali tra loro ben distinti. Inoltre, pur sostenendo la violazione di plurimi principi costituzionali inerenti sia il procedimento legislativo sia quello di revisione costituzionale, il ricorso non ha chiarito quali attribuzioni costituzionali del singolo parlamentare siano state in concreto lese nel corso di questi procedimenti. Perciò è stato giudicato inammissibile. La Corte ha dichiarato inammissibile ([ord. n. 198 del 2020](#)) il ricorso proposto dalla Regione Basilicata con riferimento sia all'avvenuta approvazione definitiva, l'8 ottobre 2019, del testo di legge costituzionale di modifica degli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione sulla riduzione del numero dei parlamentari, sia al d.p.r. del 17 luglio 2020 di indizione del referendum popolare confermativo. La Corte, in linea con la propria giurisprudenza, ha infatti escluso la legittimazione soggettiva degli enti territoriali, in generale, e della Regione, in particolare, con riferimento alla fissazione della data del referendum, non costituendo potere dello Stato ai sensi dell'articolo 134 della Costituzione.

di convocazione dei relativi comizi allo scopo di salvaguardare l'effettiva libertà di voto dell'elettore onde evitare confusioni⁸⁸. Si è inoltre sostenuto che la presenza di consultazioni a macchia di leopardo sul territorio nazionale in relazione specialmente alle elezioni regionali avrebbe potuto incidere sul risultato referendario⁸⁹. Si tratta di critiche, tuttavia, che sembrano nascondere un eccesso di sfiducia circa la capacità di discernimento effettivo degli elettori, i quali, comunque, non votano mai dentro una "bolla di imparzialità" e sono sempre condizionati da svariati fattori, tra i quali non sembra avere una capacità di condizionamento così speciale l'abbinamento con altre consultazioni elettorali.

Rispetto a tali critiche, le valutazioni *ex post* del comportamento degli elettori sembrano chiudere efficacemente la polemica, dal momento che risulta che l'abbinamento non abbia prodotto

⁸⁸ Al riguardo, sull'assenza di un divieto espresso di abbinamento del referendum costituzionale con altre consultazioni elettorali e le possibili implicazioni di un eventuale abbinamento, cfr. M. PLUTINO, *Esiste un divieto di accorpamento, e in generale, di abbinamento, dei referendum costituzionali alle elezioni?*, in *Nomos*, n. 1 del 2020, 2 ss. e spec. 10 e 11, secondo il quale «i referendum costituzionali sono i referendum per i quali si pone in massimo grado l'esigenza di un dibattito pubblico il più possibile ampio, completo, scevro da elementi di condizionamento» nonché «la particolare necessità che il convincimento dell'elettore sul prodotto della revisione costituzionale sia il più possibile libero, genuino, consapevole». In particolare, sulla consapevolezza del voto nei referendum costituzionali, cfr. A. PACE, *Problemi della revisione costituzionale in Italia: verso il federalismo e il presidenzialismo?*, in *Studi parl. pol. cost. cost.*, n. 107 del 1995, 15, che trae conclusioni anche in tema di omogeneità del quesito; F. LANCHESTER, *Un contributo per il discernimento costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1 del 2016, 3 4; V. ONIDA, *Sul referendum costituzionale. Per un voto consapevole*, all'indirizzo telematico www.uninettunouniversity.net, 9 novembre 2016, 1. Per le perplessità in ordine all'abbinamento tra referendum costituzionale e elezioni amministrative e regionali espresse in dottrina, A. CELOTTO, *Memoria per audizione Senato – I Commissione Affari costituzionali Conversione in legge del decreto-legge 20 aprile 2020, n. 26, recante disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020 AS 1845*, al [sito web](#) del Senato, 2 ss., secondo cui «il punto nodale da considerare in ordine al prospettato abbinamento delle consultazioni elettorali, ora disposto dall'art. 1-bis, è che il referendum costituzionale richiede una votazione di natura sostanzialmente diversa rispetto alla votazione partitica tipica delle elezioni politiche, regionali o amministrative che siano. Pertanto, l'accorpamento delle stesse nella medesima data potrebbe comportare il rischio di "contaminazione" di un istituto di democrazia diretta con la diversa natura delle consultazioni elettorali finalizzate all'esercizio della democrazia rappresentativa, così comportando una serie di effetti inopportuni, se non anche illegittimi, in termini – *inter alia* – di accesso ai mezzi di informazione, campagne elettorali, pubblicità e partecipazione degli elettori, ma soprattutto di natura stessa del voto». In particolare, evidenzia che «La votazione sul referendum richiede una partecipazione del popolo nella sua unità, senza distinzioni territoriali, in un unico collegio di voto». Si veda, inoltre, M. CALAMO SPECCHIA, *Audizione Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati, 17 giugno 2020*, al [sito web](#) del Senato, 2, e in *Osservatorio costituzionale*, n. 4 del 2020, 125, la quale evidenzia, tra l'altro, che «Il referendum costituzionale è una deliberazione eccezionale e occasionale, che ha ad oggetto la modifica del patto fondamentale e che richiede massima concentrazione del corpo elettorale sulle ragioni, positive o negative, che devono orientare la sua scelta. Le elezioni, invece, sono consultazioni ordinarie e periodiche, volte alla selezione dei rappresentanti che a livello sovranazionale, nazionale o territoriale assumeranno la funzione di decisore politico. Le due consultazioni non sono pertanto fungibili e vanno trattate in modo differente. E in questa logica è il corpus normativo che disciplina il procedimento referendario, separandolo dalle altre consultazioni elettorali (si veda in particolare, la legge n. 352/1970)». Cfr., inoltre, A. CELOTTO, *Giusto rinvia il referendum costituzionale, sbagliato accorparlo ad elezioni regionali*, in *La Stampa*, 5 marzo 2020. Cfr., anche AA.VV., *L'accorpamento delle consultazioni elettorali: verso l'election year*, in *Astrid online*, 2006, ove si è affermato che l'accorpamento del referendum con un voto comunque "politico" rischia di ingenerare confusione e incomprensione tra gli elettori».

⁸⁹ A. CELOTTO, *Memoria per audizione Senato*, cit.: «La circostanza che, in talune regioni e comuni, contestualmente alla votazione referendaria vengano effettuate elezioni politiche influisce certamente, in quelle regioni e in quei comuni, sulla partecipazione degli elettori e sul relativo orientamento politico. Ne consegue non solo che, ai fini dell'esito del voto referendario, il "peso" di alcune regioni sarebbe certamente maggiore rispetto alle altre, in cui verosimilmente l'affluenza sarà inferiore e libera da condizionamenti politici esterni, in spregio alle linee portanti del disegno costituzionale in relazione ai rapporti tra l'istituto del referendum e la Costituzione, legate al concetto di unità e indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 Cost.». In tal senso, cfr. anche V. DE SANTIS, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3 del 2020, spec. 16-17, secondo cui «le Regioni chiamate al voto sono solo sei, mentre sono moltissimi i Comuni (anche di ampie dimensioni) in cui si svolgeranno le amministrative e, di conseguenza, è alto il rischio di un'alterazione territoriale nell'espressione del voto in quanto è presumibile che, dove si voterà per le consultazioni locali, il numero di partecipanti al voto sarà maggiore rispetto alle aree dove manca l'abbinamento ad altre elezioni. Se – come afferma la Corte costituzionale – esiste un solo popolo «che dà forma all'unità politica della Nazione», non sembra ammissibile una differenziazione territoriale, ovvero, un'asimmetria nell'espressione del voto, in particolare, quando si tratti del referendum costituzionale».

conseguenze sul voto, se non in termini di un modesto incremento della partecipazione in alcune aree territoriali⁹⁰. Da questo punto di vista, però, non si deve sottovalutare la conformità al sistema costituzionale di una dislocazione delle scadenze elettorali che favorisca la partecipazione elettorale, quale si verifica attraverso la “concentrazione” degli appuntamenti elettorali. A questa stessa esigenza, non a caso, sono informati altri ordinamenti di sicura tradizione democratica e liberale (ancorché caratterizzati da una forma di governo diversa dalla nostra) che prevedono ordinariamente la concentrazione delle scadenze elettorali, come la Svizzera e gli Stati Uniti⁹¹. Del resto, si può notare che la stessa Repubblica italiana nacque dal referendum istituzionale del 2 giugno del 1946, giorno nel quale gli elettori furono chiamati al voto anche per l’elezione dell’Assemblea costituente. Non si tratta certo di un precedente decisivo, dal momento della straordinaria specialità tanto di quel referendum quanto dell’organo rappresentativo che si andava ad eleggere, e tuttavia può costituire argomento utile a dubitare che si possa trarre implicitamente dalla Costituzione un divieto di abbinamento tra referendum ed elezioni di organi rappresentativi.

Non si deve peraltro dimenticare che, sul piano del bilanciamento richiesto in relazione alla situazione pandemica, la concentrazione degli appuntamenti elettorali sembra trovare specifico conforto: se il principio democratico impone di contenere al minimo il rinvio di scadenze elettorali già maturate, ne consegue che esse debbono unitariamente cadere nella prima data utile nella quale si ritengano sussistenti le condizioni perché il voto sia esercitato liberamente ed in sicurezza⁹².

Proprio per queste ragioni (sicurezza e libertà del voto) il Consiglio dei ministri, nella riunione del 14 luglio 2020, ha individuato le date del 20 e 21 settembre 2020 (giorni stabiliti per l’*election day*) per l’indizione, da parte del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, del referendum popolare confermativo relativo alla riduzione del numero dei parlamentari. La data delle consultazioni veniva quindi individuata proprio in modo da far coincidere la data del referendum confermativo con quella delle diverse elezioni, in conformità a quanto disposto dal principio di concentrazione delle scadenze elettorali, in considerazione delle esigenze di

⁹⁰ Invero, lo studio TORTUGA, *L'accorpamento di referendum e altre elezioni: un'analisi quantitativa*, § 2.3 dimostra che l’abbinamento con le elezioni regionali non ha comportato sostanziali variazioni nell’esito referendario. Parzialmente diverso – ancorché in termini del tutto marginali – il risultato, se si valuta il rapporto fra elezioni comunali e referendum costituzionale, perché parrebbe che in quest’occasione il “sì” abbia “guadagnato” un punto percentuale in più rispetto al “no”. Giova precisare come, a differenza che per le elezioni regionali, quelle comunali hanno comportato una più alta affluenza alle urne (§ 3.1). Infine, per quanto riguarda le elezioni suppletive (Regioni Sardegna e Veneto), l’effetto sulla votazione referendaria può dirsi inesistente (§ 3.2).

⁹¹ È possibile notare come in Svizzera, in particolare, il numero di referendum sia particolarmente elevato (v. *Il popolo è il sovrano della Svizzera*, in *SWI*, 28 giugno 2013), visto che, a partire dal 1848, la democrazia rappresentativa è stata affiancata da istituti di democrazia diretta che si sono progressivamente sviluppati, già a partire dal XIX secolo, quando sono stati introdotti – a fianco dell’istituto del referendum obbligatorio – il referendum legislativo facoltativo nel 1874 e l’iniziativa popolare per emendare la Costituzione nel 1891 (cfr. *A che serve il parlamento nella democrazia diretta Svizzera?*, in *SWI*, 15 ottobre 2019). Per un’indicazione del numero dei referendum votati e per notare come si verifichi il fenomeno dell’abbinamento di differenti quesiti v. all’indirizzo telematico https://www.bk.admin.ch/ch/i/pore/rf/ref_2_2_3_1.html. Analogamente, gli Stati Uniti d’America si caratterizzano per l’usuale abbinamento di differenti votazioni; in particolare, una parte della scheda elettorale è di natura strettamente politica (sezioni *Presidential*; *Congressional*; *Legislative*; *Member of State Board of Education*; *Governor of Wayne State University*; *Country Executive*. In apertura della scheda, inoltre, c’è spesso una sezione intitolata *Straight Party Ticket* che consente all’elettore di votare una sola volta per tutti i candidati del proprio partito). L’altra parte della scheda è invece slegata da elezioni di natura politica e vi si possono trovare votazioni relative ai giudici della Corte Suprema statale e ai giudici minori, agli organi educativi locali, allo sceriffo, nonché quesiti di interesse locale sottoposti al cittadino in forma referendaria. Per un’idea dell’ampiezza della scheda elettorale statunitense si veda il modello delle elezioni del 2016 all’indirizzo telematico <https://tbu13.files.wordpress.com/2016/11/ballot.pdf>.

⁹² Con riferimento al predetto abbinamento, cfr. anche G. TARLI BARBIERI, *Il rinvio delle elezioni in tempo di Coronavirus*, cit., 971, il quale, pur prendendo in considerazione le perplessità espresse in dottrina, evidenzia che, «poiché il parere del Comitato tecnico-scientifico [...] sembra ritenere impraticabile lo svolgimento delle elezioni dopo settembre, separare le consultazioni significherebbe un ricorso alle urne praticamente quasi settimanale in questo mese, ciò che comunque non garantirebbe, quantomeno in modo compiuto, quel diritto ad una completa ed obiettiva informazione dei cittadini, cui si è già alluso».

contenimento della spesa e delle misure precauzionali per la tutela della salute degli elettori e dei componenti di seggio⁹³.

8. *Il rinvio delle altre scadenze elettorali.*

Per quanto concerne le elezioni dei consigli comunali e circoscrizionali⁹⁴, nel corso della c.d. prima fase dell'emergenza sanitaria, il decreto-legge 20 aprile 2020, n. 26, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 giugno 2020, n. 59, rinviava il turno ordinario delle elezioni amministrative al periodo compreso tra il 15 settembre e il 15 dicembre 2020 anziché tra il 15 aprile e il 15 giugno⁹⁵, come previsto dalla normativa vigente⁹⁶. Inoltre, venivano posticipate anche le elezioni dei presidenti delle province e dei consigli provinciali⁹⁷. Sulla base di tale disciplina eccezionale e in attuazione del principio di concentrazione delle scadenze elettorali, le elezioni amministrative venivano fissate per il 20 e 21 settembre 2020 ossia in coincidenza con la data di svolgimento del referendum costituzionale⁹⁸.

⁹³ Con il d.p.r. 17 luglio 2020, pubblicato nella *G.U.*, Serie Generale, n. 180 del 18 luglio 2020, è stato di indetto referendum popolare confermativo relativo all'approvazione 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 *G.U.*, Serie Generale, n. 240 del 12 ottobre 2019, per i giorni di domenica 20 settembre e di lunedì 21 settembre 2020.

⁹⁴ Per l'elenco comuni interessati alle elezioni amministrative nel secondo semestre 2020, cfr. all'indirizzo telematico del Ministero dell'interno <https://dati.interno.gov.it/elezioni/documentazione/elenco-comuni-interessati-alle-elezioni-amministrative-nel-II-semestre-2020>.

⁹⁵ Così dispone l'art. 1, comma 1, lett. *b*), del citato decreto-legge n. 26 del 2020, che ha previsto altresì, al comma 1-*bis*, lo svolgimento del voto non solo di domenica ma anche di lunedì. Alla successiva lett. *c*), ha inserito nel medesimo turno (15 settembre-15 dicembre 2020) anche le elezioni nei comuni i cui organi dovevano essere rinnovati per motivi diversi dalla scadenza del mandato, se le condizioni che rendevano necessarie le elezioni si fossero verificate entro il 27 luglio 2020 (ossia non oltre il 50° giorno prima dell'apertura della "finestra" elettorale). Tale disposizione ha escluso espressamente dal proprio ambito di applicazione le elezioni degli organi circoscrizionali nei comuni il cui consiglio rimane in carica fino alla scadenza naturale prevista nell'anno 2021. Per i comuni per i quali le condizioni che rendono necessario il rinnovo si sono verificate successivamente alla data del 24 febbraio 2020 – e che quindi, in base alla normativa vigente, voterebbero nel turno dell'anno successivo – ed entro il 27 luglio 2020, lo svolgimento del turno elettorale viene, quindi anticipato, alla luce delle previsioni della lettera *c*), al "turno autunnale 2020" previsto dal decreto-legge in esame. Come precisato nella relazione illustrativa, «con la previsione di cui alla lettera *c*) si riduce pertanto il periodo di gestione straordinaria per tali enti». Le disposizioni del provvedimento in esame si applicano solamente ai comuni situati nelle regioni a statuto ordinario. Infatti le regioni a statuto speciale disciplinano ciascuna con proprie leggi le modalità di svolgimento e il sistema elettorale delle elezioni amministrative degli enti locali del territorio regionale. Peraltro, le regioni a statuto speciale hanno adottato misure affini a quelle introdotte dal decreto-legge in esame.

⁹⁶ Con riguardo a precedenti casi di rinvio di elezioni locali in singole parti del territorio nazionale e una tantum, come conseguenza di eventi specifici, si ricorda il rinvio, a seguito del grave sisma del 2009, delle elezioni amministrative nella Provincia dell'Aquila, in programma nel giugno 2009, ai sensi dell'art. 6, comma 3, del d.l. 28 aprile 2009, n. 39, recante "Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile", convertito, con modificazioni, dalla l. 24 giugno 2009, n. 77, ad una data compresa tra 1° novembre e il 15 dicembre successivo, poi ulteriormente rinviate al turno ordinario del 2010 ai sensi dell'art. 1 del d.l. 18 settembre 2009, n. 131, recante "Ulteriore rinvio delle consultazioni elettorali amministrative nella provincia di L'Aquila e anticipazione di termini del procedimento elettorale per lo svolgimento delle elezioni amministrative del 2010", convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 165.

⁹⁷ La lett. *d-bis*) del comma 1 dell'art. 1 del citato decreto-legge n. 26 del 2020 disponeva che, limitatamente all'anno 2020, le elezioni dei presidenti delle province e dei consigli provinciali si dovevano svolgere entro novanta giorni dalle elezioni dei consigli comunali e che fino al rinnovo degli organi era prorogata la durata del mandato di quelli in carica. La disposizione derogava espressamente a quanto previsto dall'art. 1, comma 79, lett. *b*), della l. 7 aprile 2014, n. 56, la quale dispone che le elezioni per il rinnovo degli organi provinciali sono indette entro novanta giorni dalla scadenza per fine del mandato ovvero dalla decadenza o scioglimento anticipato degli organi provinciali (termine differito al quarantacinquesimo giorno successivo all'ultima proclamazione degli eletti dei consigli comunali, per quelle province in cui i consigli comunali interessati al turno annuale elettorale siano tali da far superare la soglia del 50% degli aventi diritto al voto).

⁹⁸ Cfr. Decreto del Ministro dell'Interno del 15 luglio 2020.

Sempre il decreto-legge n. 26 del 2020⁹⁹ ampliava, limitatamente ai seggi che sarebbero stati dichiarati vacanti entro il 31 luglio 2020, la “finestra” temporale entro cui è possibile procedere allo svolgimento delle elezioni suppletive di Camera dei deputati e Senato della Repubblica, fissando in ben duecentoquaranta giorni dalla data della vacanza dichiarata dalla Giunta delle elezioni il termine entro il quale indire le suppletive. La vigente legge elettorale prevede, invece, che tali elezioni sono indette entro il termine di novanta giorni dalla data della vacanza e purché intercorra almeno un anno fra quest’ultima e la scadenza normale della legislatura¹⁰⁰. Tuttavia, la legislazione vigente, a regime in via ordinaria, prevede già la possibilità di proroga di tale termine nei casi espressamente indicati¹⁰¹. Tale legislazione attesta quindi che tradizionalmente alle elezioni suppletive non si considera esteso il termine massimo di settanta giorni previsto per le elezioni delle nuove Camere dall’art. 61 Cost. e ciò rende più accettabile un termine così lungo, come quello dei duecentoquaranta giorni, ancorché si debba ritenere che nell’esercizio di tale discrezionalità dovrebbe preferirsi la minor dilazione possibile onde garantire l’integrità numerica delle Camere e la loro piena capacità rappresentativa¹⁰². In realtà, in ossequio al principio di concentrazione delle scadenze elettorali, anche le elezioni suppletive sono state indette per le medesime date del 20 e 21 settembre 2020¹⁰³.

Il citato decreto-legge n. 26 del 2020¹⁰⁴ disponeva, infine, che la durata in carica degli organi elettivi delle regioni a statuto ordinario, il cui rinnovo avrebbe dovuto realizzarsi al più tardi entro il 2 agosto 2020, veniva estesa a cinque anni e tre mesi, anziché cinque anni, come previsto dalla legge in assenza di una specifica disposizione costituzionale¹⁰⁵. L’allungamento della durata della legislatura, in alternativa al rinvio diretto delle elezioni, si spiega considerando la previsione di cui al primo comma dell’art. 121 Cost., a norma del quale, mentre «Il sistema di elezione» degli organi regionali è disciplinato «con legge della Regione nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica», quest’ultima stabilisce in via esclusiva «la durata degli organi elettivi». Per effetto di tale norma, la legislatura dei consigli regionali sarebbe scaduta il 31 agosto anziché il 31 maggio 2020. Inoltre, si prevedeva che le relative elezioni si sarebbero svolte esclusivamente tra il quindicesimo e il sessantesimo giorno successivo al termine della nuova scadenza del mandato o nella domenica e nel lunedì successivo compresi nei sei giorni ulteriori¹⁰⁶. La disposizione, nell’attribuire carattere di “esclusività” alla previsione relativa al lasso di tempo entro cui potevano essere svolte le

⁹⁹ Così ha disposto l’art. 1, comma 1, lett. a), del citato decreto-legge.

¹⁰⁰ Cfr. art. 19, comma 1, e art. 21-ter del d.lgs. n. 533 del 1993 (Testo unico delle leggi recanti norme per l’elezione del Senato della Repubblica), richiamato dall’art. 86, comma 4, d.p.r. n. 361 del 1957 (Testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati).

¹⁰¹ Ai sensi dell’art. 21-ter, comma 3-bis, del d.lgs. n. 533 del 1993, introdotto dall’art. 1, comma 968, della l. 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio per il 2019), qualora entro il termine di centottanta giorni dalla dichiarazione della vacanza si svolgano altre consultazioni elettorali nel medesimo territorio o in una parte di esso, il Governo può disporre la proroga del predetto termine di novanta giorni fino alla data necessaria per permettere lo svolgimento contestuale con tali consultazioni. Al riguardo, cfr. G. TARLI BARBIERI, *Il rinvio delle elezioni in tempo di coronavirus*, cit. 946, il quale evidenzia che «si tratta di una previsione giustificata da un’esigenza di risparmio di spese che però potrebbe essere usata anche con qualche finalità politica»; l’Autore porta come esempio il caso della vacanza di un eletto in un collegio uninominale nel caso in cui la maggioranza parlamentare non possa contare su un margine di seggi rassicurante. Ai sensi del comma 4 del citato art. 21-ter, inoltre, qualora il termine di novanta giorni cada in un periodo compreso tra il 1° agosto e il 15 settembre, il Governo è autorizzato a prorogare tale termine di non oltre quarantacinque giorni; qualora il termine suddetto cada in un periodo compreso tra il 15 dicembre e il 15 gennaio, il Governo può disporre la proroga per non oltre trenta giorni.

¹⁰² Sul principio dell’integrità numerica delle Camere sia consentito rinviare a L. SPADACINI, *Regole elettorali e integrità numerica delle Camere. La mancata assegnazione di alcuni seggi alla Camera nella XIV Legislatura*, in *Quaderni brevi del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Brescia*, Brescia, 2003.

¹⁰³ Cfr. il decreto 17 luglio 2020 di indizione delle elezioni suppletive del Senato della Repubblica nei collegi uninominali 03 della regione Sardegna e 09 della regione Veneto, pubblicato nella *G.U.*, Serie Generale, n. 180 del 18 luglio 2020 con la singolare denominazione di Decreto anziché di Decreto del Presidente della Repubblica, nel cui preambolo è richiamato, tra gli altri, il principio di concentrazione delle scadenze elettorali.

¹⁰⁴ Si fa riferimento all’art. 1, comma 1, lett. d), del citato decreto-legge.

¹⁰⁵ Cfr. art. 5, comma 1, della l. n. 165 del 2004.

¹⁰⁶ Pertanto, le elezioni regionali si sarebbero potute svolgere nel periodo dal 15 settembre al 5 novembre, con la prima data utile il 20-21 settembre e l’ultima il 1°-2 novembre 2020.

elezioni regionali, derogava implicitamente alla norma¹⁰⁷ ai sensi della quale le elezioni possono aver luogo a decorrere dalla quarta domenica precedente il compimento dei cinque anni della legislatura¹⁰⁸. Conseguentemente, escludeva l'applicazione delle disposizioni regionali che contemplano la possibilità di svolgere le elezioni anche prima della scadenza del quinquennio.

A seguito della riunione nella quale il Consiglio dei Ministri conveniva sulle date del 20 e 21 settembre 2020 per l'indizione del referendum costituzionale nonché per lo svolgimento di alcune elezioni suppletive, in attuazione del principio di concentrazione delle scadenze elettorali¹⁰⁹, le Regioni interessate dal voto hanno indetto, con propri provvedimenti, le elezioni regionali per le medesime date¹¹⁰. In considerazione dell'evolversi della situazione epidemiologica, il legislatore è dovuto intervenire nuovamente nell'autunno 2020, in relazione alle ulteriori consultazioni elettorali previste per quell'anno ma successive al 20 e 21 settembre¹¹¹: il rinnovo degli organi elettivi dei comuni sciolti per infiltrazione mafiosa o similare nonché per lo svolgimento delle elezioni dei consigli metropolitani, dei presidenti delle province e dei consigli provinciali¹¹² ed inoltre,

¹⁰⁷ Si fa riferimento alla previsione di cui all'art. 3, comma 2, della l. 17 febbraio 1968, n. 108.

¹⁰⁸ Si tratta di una scelta di tecnica legislativa non particolarmente coerente con quella di non intervenire sulla disciplina dell'indizione, ma solo su quella della durata della legislatura, sul presupposto, peraltro non particolarmente sicuro, che l'indizione rientri nella materia "sistema elettorale" di competenza della legge regionale nell'ambito di principi statali ovvero sia riconducibile alle materie "forma di governo" o "principi fondamentali di organizzazione e funzionamento", che dovrebbero essere disciplinate dallo Statuto.

¹⁰⁹ In proposito cfr. *supra* nota 78.

¹¹⁰ Cfr. D.P.G.R. n. 97 del 20/07/2020 della Regione Campania; D.P.G.R. n. 4226 del 23/07/2020 della Regione Liguria; D.P.G.R. n. 219 del 21 luglio 2020 della Regione Marche; D.P.Reg. 3 agosto 2020, n. 324 della Regione Puglia; D.P.Reg. 1° agosto 2020, n. 104 della Regione Toscana; D.P.Reg. n. 76 del 30 luglio 2020 della regione Veneto; D.P.Reg. n. 296 del 20 luglio 2020 della Regione Valle d'Aosta.

¹¹¹ È stato quindi emanato il d.l. 7 novembre 2020, n. 148, recante "Disposizioni urgenti per il differimento di consultazioni elettorali per l'anno 2020".

¹¹² Il citato decreto-legge n. 148 del 2020 è stato abrogato dall'art. 1, comma 3, della l. 27 novembre 2020, n. 159, recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125, recante misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020". Tale disposizione, inoltre, ha previsto che restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del decreto-legge abrogato. Contestualmente in sede di conversione sono stati aggiunti all'art. 1 del d.l. 7 ottobre 2020, n. 125 i commi da 4-*terdecies* a 4-*sexiesdecies*, che riproducono il contenuto degli art. 1 e 2 dell'abrogato d.l. 7 novembre 2020, n. 148. In particolare, il comma 4-*terdecies* prevede che le elezioni dei comuni i cui organi sono stati sciolti per infiltrazione mafiosa o similare, già indette per le date del 22 e 23 novembre 2020, sono rinviata e si svolgono entro il 31 marzo 2021 mediante l'integrale rinnovo del procedimento di presentazione di tutte le liste e le candidature a sindaco e a consigliere comunale. Inoltre, al fine di assicurare la continuità nel governo degli enti interessati, il secondo periodo del comma 4-*terdecies* dispone fino al rinnovo degli organi è prorogata la durata della gestione della Commissione straordinaria di cui all'art. 144 del T.U. di cui al d.lgs. n. 267 del 2000. Il predetto termine del 31 marzo 2021 è stato poi posticipato al 20 maggio 2021 dall'art. 4, comma 1, lett. b), del d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, recante "Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e prevenzione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e di svolgimento delle elezioni per l'anno 2021". Il comma 4-*quaterdecies* fissa, limitatamente all'anno 2020, in caso di rinnovo del consiglio del comune capoluogo, il termine per procedere a nuove elezioni del consiglio metropolitano, in centottanta giorni dalla proclamazione del sindaco del comune capoluogo. La disposizione deroga alla disciplina ordinaria di cui all'art. 1, comma 21, della l. n. 56 del 2014, ai sensi del quale il consiglio metropolitano dura in carica cinque anni e, in caso di rinnovo del consiglio del comune capoluogo, si procede a nuove elezioni del consiglio metropolitano entro sessanta giorni dalla proclamazione del sindaco del comune capoluogo. Il comma 4-*quinqüesdecies* stabilisce che le elezioni dei presidenti delle province e dei consigli provinciali, già disciplinate dall'articolo 1, comma 1, lettera d-*bis*), del citato d.l. n. 26 del 2020, sono rinviate, anche nel caso in cui siano già state indette, e si svolgono entro il 31 marzo 2021, mediante l'integrale rinnovo del relativo procedimento elettorale. Il comma in esame sostituisce quindi il termine previsto dalla citata lett. d-*bis*) secondo cui limitatamente all'anno 2020, le elezioni dei presidenti delle province e dei consigli provinciali si svolgono entro novanta giorni dalle elezioni dei consigli comunali previsti per il turno annuale ordinario riferito al corrente anno. Ancora una volta si introduce una deroga all'art. 1, comma 79, lett. b), della l. n. 56 del 2014. Quest'ultimo (al primo periodo) dispone infatti che l'elezione del presidente della provincia e del consiglio provinciale si svolge entro novanta giorni dalla scadenza per fine del mandato ovvero dalla decadenza o scioglimento anticipato degli organi provinciali. Inoltre, al fine di garantire continuità nell'amministrazioni delle città metropolitane e delle province, il comma 4-*sexiesdecies* dell'art. 1 del citato d.l. n. 125 del 2020 proroga la durata del mandato di quelli in carica fino al rinnovo dei relativi organi.

nuovamente, sulle elezioni suppletive per le Camere¹¹³, risultando in quel momento vacante un seggio di deputato¹¹⁴.

Nello stesso periodo ma con provvedimento separato¹¹⁵, veniva disposto che le elezioni degli organi elettivi delle regioni a statuto ordinario, anche già scaduti, o per i quali entro l'anno si fossero verificate le condizioni che ne rendessero necessario il rinnovo, si sarebbero svolte non prima del novantesimo e non oltre il centocinquantesimo giorno successivo al maturare delle stesse condizioni (ovvero nella domenica compresa nei sei giorni ulteriori)¹¹⁶. Si precisava inoltre che, fino alla data dell'insediamento dei nuovi organi elettivi, il Consiglio e la Giunta in carica avrebbero continuato a svolgere, secondo le specifiche disposizioni dei rispettivi Statuti, compiti e funzioni nei limiti previsti e in ogni caso atti a garantire ogni utile iniziativa, anche legislativa, necessaria a far fronte a tutte le esigenze connesse all'emergenza sanitaria¹¹⁷. Le disposizioni richiamate, sebbene rivolte in via generale alle regioni a statuto ordinario, erano destinate a trovare immediata applicazione con riferimento alla Regione Calabria, per la quale occorre procedere alle elezioni degli organi regionali, ai sensi della Costituzione¹¹⁸ e dello Statuto¹¹⁹, a seguito della scomparsa della Presidente della Regione Jole Santelli avvenuta il 15 ottobre 2020.

Successivamente, a causa del permanere della gravità del quadro epidemiologico, dopo una serie di norme specifiche per alcuni tipi di elezioni che venivano ulteriormente rinviati¹²⁰, il legislatore è

¹¹³ L'art. 14 del d.l. 30 novembre 2020, n. 157, recante "Ulteriori misure urgenti connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" (cd. Ristori *quater*), ha introdotto ulteriori disposizioni d'urgenza per lo svolgimento delle elezioni suppletive per la Camera dei deputati e per il Senato della Repubblica per l'anno 2020. Tale decreto è stato abrogato dall'art. 1, comma 2, della l. 18 dicembre 2020, n. 176, recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, recante Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19". Il d.l. n. 137 del 2020 reca un complesso di disposizioni volte principalmente a sostenere i settori economici più colpiti dall'aggravamento dall'emergenza (con particolare riferimento alla cd. seconda ondata). In sede di conversione, è stata inserita la previsione dell'abrogazione dei successivi decreti-legge nn. 149, 154 e 157 (c.d. Ristori *bis, ter e quater*, aventi le medesime finalità), al contempo disponendo che rimangono validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti e i rapporti giuridici dispiegatisi nel tempo della loro vigenza. Contestualmente, le modifiche apportate dalla legge di conversione recano puntuali disposizioni aggiuntive o modificative al corpo del d.l. n. 137 del 2020, onde trasporre in esso e mantenere nell'ordinamento le corrispondenti disposizioni dei tre decreti-legge abrogati, e contengono anche interventi ulteriori rispetto ai decreti-legge non convertiti, oltre a modifiche ed integrazioni al medesimo d.l. n. 137 del 2020. Il contenuto dell'art. 14 del citato d.l. n. 157 del 2020 è stato quindi riproposto nel d.l. n. 137 del 2020 attraverso l'inserimento, in sede di conversione, dell'art. 31-*quater*. Quest'ultimo ha disposto che le elezioni suppletive per i seggi della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica dichiarati vacanti entro il 31 dicembre 2020 si svolgono entro il 31 marzo 2021 anziché entro novanta giorni dalla data della vacanza dichiarata dalla Giunta delle elezioni come previsto dalla legislazione elettorale vigente. Successivamente la previsione di cui all'art. 31-*quater* del citato d.l. n. 137 del 2020 è stata modificata dall'art. 4, comma 1, lett. a), del d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 marzo 2021, n. 29, che ha posticipato il termine per lo svolgimento di elezioni suppletive dal 31 marzo al 20 maggio 2021 nonché quello relativo alla dichiarazione della vacanza del seggio dal 31 dicembre 2020 al 28 febbraio 2021.

¹¹⁴ In quel momento presso la Camera dei deputati, era vacante il seggio nel collegio uninominale n. 12 – Siena della XII Circoscrizione Toscana, per dimissioni dell'on. Padoan. La vacanza del seggio è stata comunicata dal Presidente della Giunta delle elezioni il 4 novembre 2020. Non risultavano invece seggi uninominali vacanti presso il Senato della Repubblica.

¹¹⁵ Si tratta del d.l. 10 novembre 2020, n. 150, recante "Misure urgenti per il rilancio del servizio sanitario della regione Calabria e per il rinnovo degli organi elettivi delle regioni a statuto ordinario", convertito, con modificazioni, dalla l. 30 dicembre 2020, n. 181.

¹¹⁶ Cfr. art. 8, comma 1, del citato decreto-legge.

¹¹⁷ Cfr. art. 8, comma 2, del citato decreto-legge.

¹¹⁸ Ai sensi dell'articolo 126, terzo comma, primo periodo, Cost., «L'approvazione della mozione di sfiducia nei confronti del Presidente della Giunta eletto a suffragio universale e diretto, nonché la rimozione, l'impedimento permanente, la morte o le dimissioni volontarie dello stesso comportano le dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio».

¹¹⁹ L'art. 33, comma 6, dello Statuto della Regione Calabria (l.r. 19 ottobre 2004, n. 25 e sue successive modificazioni e integrazioni) prevede che «Si procede [...] a nuove elezioni del Consiglio e del Presidente della Giunta in caso di rimozione, impedimento permanente, morte, incompatibilità sopravvenuta e dimissioni volontarie del Presidente».

¹²⁰ Successivamente, è intervenuto il d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, recante "Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del

intervenuto nuovamente con un provvedimento *ad hoc* all'inizio di marzo 2021¹²¹. Si disponeva, in particolare, il rinvio del turno primaverile delle elezioni amministrative e di tutte le altre scadenze elettorali (comprese quelle regionali, tra cui quelle calabresi che ricevevano un nuovo rinvio) ad un periodo compreso tra il 15 settembre e il 15 ottobre 2021¹²², assieme ad un ulteriore rinvio delle elezioni suppletive per le Camere e all'allungamento dei termini per la raccolta delle sottoscrizioni utili a promuovere referendum abrogativi¹²³, forse in vista della campagna referendaria sulla giustizia organizzata da alcune forze politiche.

Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea", convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21, che all'art. 2 ha disposto la proroga di termini in materia di competenza del Ministero dell'interno. In particolare, in considerazione dell'emergenza sanitaria, il comma 4 del citato art. 2 ha disposto il differimento del termine per la rinnovazione delle consultazioni elettorali nelle sezioni dei comuni in cui sia intervenuto l'annullamento dell'elezione degli organi amministrativi, in deroga a quanto previsto dalla normativa vigente. Ha previsto infatti che se l'eventuale annullamento dell'elezione degli organi delle amministrazioni comunali in alcune sezioni ha influito sulla elezione di alcuno degli eletti o sui risultati complessivi, la consultazione nelle sezioni stesse si svolge nuovamente entro il 20 maggio 2021 in una data stabilita dal prefetto di concerto con il presidente della Corte d'Appello. Il comma 4-bis ha novellato all'articolo 1, comma 4-*quinqüesdecies*, del d.l. 7 ottobre 2020, n. 125 con il quale è stato disposto il rinvio delle elezioni dei presidenti delle province e dei consigli provinciali, già disciplinate dall'articolo 1, comma 1, lettera d-*bis*), del d.l. n. 26 del 2020, anche nel caso in cui fossero già state indette. Più nel dettaglio, il citato comma 4-bis ha stabilito che le richiamate elezioni – da svolgersi, ai sensi della legislazione allora vigente entro il 31 marzo 2021 – si sarebbero dovute tenere invece entro sessanta giorni dalla data dell'ultima proclamazione degli eletti nei comuni della provincia che partecipano al turno annuale ordinario delle elezioni amministrative relative all'anno 2021 o, comunque, nel caso in cui nella provincia non si svolgano elezioni comunali, entro sessanta giorni dallo svolgimento del predetto turno di elezioni, mediante l'integrale rinnovo del relativo procedimento elettorale (ulteriormente differito dal d.l. n. 25 del 2021). Il comma 4-*ter* ha stabilito che i richiamati termini per lo svolgimento delle elezioni si applicano anche per le elezioni degli organi delle città metropolitane e dei presidenti delle province e dei consigli provinciali in scadenza entro il primo semestre dell'anno 2021.

¹²¹ Si tratta del d.l. 5 marzo 2021, n. 25, recante "Disposizioni urgenti per il differimento di consultazioni elettorali, nonché per la semplificazione dei procedimenti elettorali e per la continuità di gestione delle università e delle istituzioni dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica per l'anno 2021", convertito, con modificazioni, dalla l. 3 maggio 2021, n. 58. Cfr. G. LAURI, *Il rinvio delle consultazioni elettorali del 2021: emergenza, contingenza, prospettive*, in [Osservatorio costituzionale](#), 4, 2021.

¹²² Si veda l'art. 1, comma 1, lettere a) e b), del citato d.l. n. 25 del 2021. Il rinvio riguardava le elezioni dei consigli comunali e circoscrizionali ma prevedeva lo svolgimento nel medesimo turno anche delle seguenti consultazioni: le elezioni suppletive della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica per i seggi dichiarati vacanti entro il 31 luglio 2021; le elezioni per il rinnovo dei consigli comunali sciolti per mafia, anche se già indette, mediante l'integrale rinnovo del procedimento di presentazione delle liste e delle candidature, con proroga fino al rinnovo degli organi della durata della gestione della commissione straordinaria; le elezioni, anche se già indette, per la rinnovazione delle consultazioni elettorali nelle sezioni dei comuni in cui sia intervenuto l'annullamento dell'elezione degli organi amministrativi, in deroga a quanto previsto dalla normativa vigente; le elezioni per il rinnovo dei consigli comunali cui debba provvedersi per motivi diversi dalla scadenza del mandato quando le condizioni che rendono necessario il rinnovo si siano verificate entro il 27 luglio 2021. Allo stesso modo, al comma 2 del citato articolo, in deroga a quanto previsto dall'articolo 5, comma 1, della l. 2 luglio 2004, n. 165, prevede che si tengano nel medesimo periodo le elezioni degli organi elettivi delle regioni a statuto ordinario, anche se già indette, e quelle relative agli organi elettivi delle medesime regioni per i quali entro il 31 luglio 2021 si verificano le condizioni che ne rendono necessario il rinnovo. Al riguardo, dispone inoltre che fino alla data dell'insediamento dei nuovi organi elettivi, il Consiglio e la Giunta in carica continuano a svolgere, secondo le specifiche disposizioni dei rispettivi Statuti, compiti e funzioni nei limiti previsti e, in ogni caso, a garantire ogni utile iniziativa, anche legislativa, necessaria a far fronte a tutte le esigenze connesse all'emergenza sanitaria. Inoltre, il successivo comma 2-*bis* dell'art. 1 del citato d.l. n. 25 del 2021 differisce il termine per lo svolgimento delle elezioni degli organi delle città metropolitane, dei presidenti delle province e dei consigli provinciali, prorogando, corrispondentemente, la durata degli organi in carica. Tale differimento, già applicabile agli organi in scadenza nei primi sei mesi del 2021 (ai sensi dell'art. 2, comma 4-*ter*, del citato d.l. n. 183 del 2020, novellato dalla norma in esame), diviene ora applicabile agli organi in scadenza nei primi nove mesi del medesimo anno (ossia anche a quelli in scadenza tra luglio e settembre 2021). Il provvedimento dispone, altresì, che le consultazioni si svolgano in due giornate, sia di domenica che di lunedì (art. 3) e riduce ad un terzo il numero delle sottoscrizioni per le elezioni comunali e circoscrizionali (art. 2).

¹²³ In conseguenza della proroga dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 disposta fino al 31 luglio 2021, l'art. 11, comma 1-*bis*, del d.l. 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87, prevede che per le richieste di referendum previsto dall'art. 75 Cost., annunciate nella Gazzetta Ufficiale entro il 15 maggio 2021, ai sensi dell'art. 27 della l. n. 352 del 1970, in deroga all'art. 28 della medesima legge, il deposito dei fogli contenenti le firme e dei certificati elettorali dei sottoscrittori è effettuato presso la cancelleria della Corte di cassazione

9. Osservazioni conclusive.

Nei paragrafi precedenti si sono ricostruiti gli interventi normativi di rinvio delle scadenze elettorali via via maturate nel corso del periodo emergenziale. In realtà, ai provvedimenti di rinvio si sono aggiunte anche alcune misure di organizzazione delle procedure elettorali volte a minimizzare le occasioni di contagio derivanti dalle stesse.

Nel corso della gestione della c.d. prima ondata della pandemia, il legislatore è così intervenuto con il decreto-legge 14 agosto 2020, n. 103 per introdurre misure urgenti in relazione alle modalità operative, precauzionali e di sicurezza per la raccolta del voto nelle consultazioni elettorali e referendarie del 20 e del 21 settembre 2020. Al fine di tutelare la salute dei componenti dei seggi elettorali e dei cittadini, il provvedimento prevedeva, in deroga alla normativa vigente, la deposizione nell'urna delle schede votate direttamente da parte dell'elettore. Inoltre, il provvedimento prevedeva una disciplina speciale relativa alla costituzione delle sezioni elettorali ospedaliere nelle strutture sanitarie che ospitavano reparti COVID-19, deputate a svolgere, oltre alle operazioni di raccolta del voto, anche quelle di spoglio delle schede votate. Individuava, inoltre, la procedura per l'esercizio domiciliare del voto per gli elettori sottoposti a trattamento domiciliare o in condizioni di quarantena o di isolamento fiduciario.

Tra le misure operative adottate per bilanciare la libertà del voto e la tutela della salute si ricordano, inoltre: i provvedimenti in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione per le campagne elettorali per le elezioni regionali e amministrative 2020 e il protocollo sanitario per le elezioni del 20-21 settembre 2020.

In particolare, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n.195 del 5 agosto 2020 sono stati pubblicati i provvedimenti in data 22 luglio della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi, recanti disposizioni di attuazione della disciplina in materia di comunicazione politica e di parità di accesso ai mezzi di informazione relative alle campagne, rispettivamente, per le elezioni regionali in Campania, Liguria, Marche, Puglia, Toscana, Valle d'Aosta e Veneto, indette per i giorni 20 e 21 settembre 2020, e per le elezioni comunali e circoscrizionali dei mesi di settembre e ottobre 2020.

Inoltre, in data 10 agosto 2020, è stato sottoscritto dal Ministro dell'Interno e dal Ministro della Salute un "*Protocollo sanitario e di sicurezza per lo svolgimento delle consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020*", contenente alcune indicazioni circa le misure di prevenzione dal rischio di infezione che dovevano essere adottate in occasione dello svolgimento delle consultazioni referendarie ed elettorali (suppletive, regionali e comunali)¹²⁴. Il documento prevedeva le modalità operative e precauzionali rivolte ai componenti dei seggi e agli elettori distribuiti. Tra le misure previste: accessi contingentati agli edifici che ospitano i seggi elettorali; percorsi distinti di entrata e di uscita; distanziamento tra i componenti del seggio e tra questi e gli elettori, definizione del numero e della disposizione delle cabine elettorali, tenendo conto dello spazio disponibile e delle necessità di movimento; uso obbligatorio della mascherina, per accedere ai seggi elettorali, da parte degli elettori e di ogni altro soggetto che ha diritto ad entrarvi, come i rappresentanti di lista¹²⁵.

Le misure organizzative testé elencate realizzano ovviamente un ottimo bilanciamento tra diritto alla salute e principio democratico nella misura in cui riescano a minimizzare le occasioni di contagio consentendo lo svolgimento delle elezioni. Esse tuttavia non consentono di tutelare l'effettiva libertà del voto, per come intesa ai fini del presente lavoro, ossia in termini comprensivi dei suoi presupposti, con riferimento *in primis* alla libertà di riunione e circolazione. Anche per questa ragione, dunque,

entro quattro mesi dalla data del timbro apposto sui fogli medesimi a norma dell'art. 7, ultimo comma, della citata l. n. 352 del 1970.

¹²⁴ Cfr. all'indirizzo telematico <https://dati.interno.gov.it/contenuti>.

¹²⁵ Il citato d.l. n. 103 del 2020, recante "Modalità operative, precauzionali e di sicurezza per la raccolta del voto nelle consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020", è stato successivamente abrogato dall'art. 1, comma 2, della l. 13 ottobre 2020, n. 126 ("Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, recante misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia), ai sensi del quale inoltre restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del decreto abrogato.

tali misure non hanno consentito di evitare i successivi provvedimenti di rinvio delle scadenze elettorali. Vale la pena ricordare, però, che per le scadenze elettorali per le quali la Costituzione detta regole specifiche come nel caso di quelle per il rinnovo delle Camere, le misure individuate, magari associate ad altre, dovranno considerarsi sufficienti. Tali scadenze infatti non possono subire modificazioni, se non a seguito della dichiarazione dello stato di guerra¹²⁶.

Circa la corrispondenza del complesso dei rinvii delle scadenze elettorali ad un ragionevole bilanciamento tra principio democratico, libertà del voto e diritto alla salute, la ricostruzione che si è proposta consente di effettuare un giudizio che presenta luci ed ombre.

Anzitutto occorre osservare che al rinvio delle scadenze si è addivenuti non attraverso un provvedimento organico concernente tutte le elezioni durante il periodo emergenziale (peraltro ancora in corso) ma attraverso singoli provvedimenti periodici. Si tratta di un *modus procedendi* condivisibile, perché strettamente funzionale allo svolgimento delle consultazioni elettorali durante il periodo emergenziale. Una diversa ottica, sulla base della quale la difesa della salute e la valorizzazione della libertà di voto avrebbe richiesto una sospensione delle scadenze elettorali per tutto il periodo pandemico, avrebbe comportato invece un eccessivo sacrificio del principio democratico per come costituzionalmente sancito e per come riconosciuto dalle istituzioni internazionali rilevanti.

Lo stesso equilibrio nel bilanciamento proposto pare ravvisabile nella vicenda che riguarda il referendum costituzionale. Al rinvio di circa un semestre dell'appuntamento elettorale si è giunti per gradi, modificando in via eccezionale la legislazione sulla tempistica della relativa indizione solo dopo aver provato un rinvio all'interno della "forchetta" legislativamente prefissata.

Per quanto concerne, invece, i rinvii delle altre scadenze elettorali, qualche dubbio più consistente emerge. In particolare, se il principio democratico richiede che le scadenze elettorali già maturate siano rinviate per il più breve tempo possibile compatibilmente con l'assicurazione dell'effettiva libertà del voto e della tutela della salute individuale e collettiva, poiché la gravità della situazione sanitaria in sé e per sé, da un lato, e le misure limitative delle libertà, dall'altro, presentavano ormai connotazioni di fatto e anche di diritto¹²⁷ diversificate sul territorio nazionale, una valutazione regione per regione circa l'esigenza del rinvio delle elezioni dei rispettivi organi e degli enti territoriali ricompresi nell'area avrebbe realizzato un bilanciamento più convincente sul piano costituzionale con speciale riferimento al requisito della proporzionalità. A ciò, peraltro, non poteva ostare nemmeno il principio di concentrazione delle scadenze elettorali (di rango legislativo e non costituzionale), che non può che valere per le elezioni che dovrebbero essere indette nello stesso periodo (per quanto variamente individuato dalla legge). In particolare, non sembra corrispondere a un ragionevole bilanciamento la gestione dei rinvii delle elezioni regionali con specifico riguardo al caso della Regione Calabria. In tal caso, in effetti, il rinvio delle elezioni ha ormai raggiunto gli undici mesi, periodo che sembra irragionevolmente lungo, tenuto conto del rango costituzionale delle Regioni, enti con potestà legislativa.

In sostanza, quindi, qualche irragionevole eccesso nella compressione del principio democratico nella sequenza di rinvii delle scadenze elettorali deve senz'altro essere riscontrato. Di ciò, invero, non ci si può stupire troppo, dal momento che i diritti di partecipazione democratica subiscono da tempo

¹²⁶ Non osta a tale interpretazione nemmeno l'intervento del Capo dello Stato durante la crisi del II Governo Conte. Il Presidente, infatti, pur avendo sostenuto l'inopportunità di procedere ad uno scioglimento anticipato delle Camere perché «In altri Paesi in cui si è votato [...] si è verificato un grave aumento dei contagi», per quanto incidentalmente aggiungeva che in quei Paesi si era votato «obbligatoriamente, perché erano scadute le legislature dei Parlamenti o i mandati dei Presidenti» (si veda S. MATTARELLA, [Dichiarazione del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine dell'incontro con il Presidente della Camera Roberto Fico](#), Palazzo del Quirinale, 2 febbraio 2021).

¹²⁷ Mi riferisco all'introduzione, a partire dal d.p.c.m. del 3 novembre 2020, del sistema delle tre tipologie di zone (poi divenute quattro) secondo il grado di gravità della situazione (rossa, arancione, gialla, cui è stata aggiunta la zona bianca), cui da allora hanno cominciato a corrispondere diversi di gradi di restrizione delle libertà nelle diverse regioni italiane.

un processo di deterioramento e che la pandemia in corso non poteva costituire l'occasione per un'inversione di rotta¹²⁸.

¹²⁸ Nello stesso senso, A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza*, cit.: «sembra emergere un quadro nel quale, in realtà, la pandemia ha costituito un'ulteriore occasione per diminuire gli spazi di partecipazione, favorendo quella "verticalizzazione" del potere, di cui da tempo è stata sostenuta la necessità nell'ambito del dibattito pubblico e pure in sede scientifica, e che si è già tradotta in due (pur diverse) riforme costituzionali respinte dagli elettori nel 2006 e nel 2016 e anche poco prima dello scoppio della pandemia riproposta attraverso il ripescaggio della vecchia idea del c.d. "Sindaco d'Italia", con cui sostanzialmente si vorrebbe prevedere, anche per lo Stato, la forma di governo oggi vigente per i Comuni e, in modo sostanzialmente analogo, per le Regioni».

Gian Luca Conti**La potenza del Fato: crisi o decomposizione della democrazia?***

ABSTRACT: *Democratic backsliding is a commonplace in the contemporary constitutional language. Duly elected governments which are able to reform formal constitutions in a counter democratic way. That is common said about Poland or Hungary and the cause, as common said, is populism. In Italy, or in other Eu countries which can be considered as advanced democracies, if this expression can be used or sounds good, this is not the problem. There is populism but populism is not a problem in Italy, USA or UK and so on. The real problem, in the opinion explained in this essay, is biopolitics. The Foucault idea for which the power of surveillance is governance by pleasure is the actual power and this power is not in the hands of a government or a State or a democracy, it is in the hands of net corporations, big as a modern State and surely not democratic. So the aim of a constitutional scholar who wants to defend democracy is not a discourse about populism, or the crisis of representation. The real discourse is about the real essence of internet and how we can make available fundamental rights in the code.*

SOMMARIO: 1. Premessa: crisi o decomposizione? – 2. Le cause della decomposizione: la rivolta contro la democrazia liberale è il grido di dolore della democrazia liberale? – 3. Anatomia e biopolitica: verso la *governance* degli unicorni cannibali. – 4. Epifanie decomposte: rappresentanza, partiti politici e giustizia costituzionale. – 5. Oltre la decomposizione. – 6. Prevedere e governare il Fato.

1. Premessa: crisi o decomposizione?

La crisi delle democrazie liberali è un luogo comune sia degli scienziati della politica, sia dei costituzionalisti¹. Oltre che nella sfera pubblica del discorso sulla democrazia contemporanea in generale.

È stato però acutamente osservato che nelle democrazie liberali la riflessione sulla propria crisi è un tratto essenziale del discorso democratico almeno sin dal 1780: le democrazie si affermano discutendo le ragioni della propria crisi², si affermano perché, in fondo, considerano la loro storia come un processo che conduce inevitabilmente a dei punti di svolta che impongono alle istituzioni di riflettere sulle ragioni del loro essere e a decidere fra il restaurare e il rinnovare, ovvero il rinnovare restaurando³. Se tutto questo è corretto, come probabilmente è corretto, “modernamente” corretto, perché l’idea di crisi che si è tratteggiata è caratteristica dell’età moderna⁴, l’età moderna si afferma

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Il significato della parola crisi è stato indagato da R. KOSELLECK, *Krisen*, in *Journal of the History of Ideas*, 2006, Vol. 67, No. 2, 357 (trad. M. Richter M. e M.W. Richter da *Geschichtliche Grundbegriffe*). Per Koselleck, impegnato nella costruzione di un lessico di parole meritevoli di essere considerate dei significanti per la teoria generale dello Stato, lemmi come Democrazia, Rivoluzione e, appunto, Crisi, l’idea “moderna” di crisi è il punto di arrivo di un precedente sviluppo, un punto di arrivo che impone, “modernamente” di ripensare radicalmente i termini dello sviluppo che ha condotto alla crisi. Questa idea di crisi si interconnette strettamente alla idea di moderno, il tratto essenziale del moderno, infatti, è il rifiuto del passato e l’idea che il presente conduca a un avvenire che rende obsoleto ciò che ci si è lasciati alle spalle. Questa idea è ben presente anche a C.A. BAYLY, *La nascita del mondo moderno*, ed. it. Torino: Einaudi, 2007, part. XXIX e ss.

² D. RUNCIMAN, *The Confidence Trap: a History of Democracy in Crisis from World War I to the Present*, Princeton University Press, Princeton, 2013. L’idea di fondo è che le moderne democrazie non siano state in grado di evitare crisi profonde del loro essere ma ogni volta sono state in grado di superarle efficacemente generando una sorta di eccesso di confidenza, di talché, secondo l’Autore, sarebbe possibile che una nuova sfida trovi le democrazie impreparate e incapaci di superarla, sarebbe possibile che la vitale riflessione sulla propria crisi diventi la disincantata presa d’atto della propria decomposizione.

³ Sembra essere questa l’impostazione di N. URBINATI, *Che cosa intendiamo quando parliamo di crisi della democrazia?* in *Il Mulino*, 2016, fasc. 6, 982. Per l’Autrice, una democrazia è essenzialmente riflessione sulla propria crisi. Questa crisi, oggi, sarebbe essenzialmente causata dalla difficoltà di giustificare e legittimare decisioni forti che nascono da un complesso combinarsi di rappresentanza politica e poteri forti (gli ecosistemi del capitale e del lavoro).

⁴ È davvero significativo che uno degli inizi del diritto pubblico sia la prolusione di Santi Romano del 1909 sullo Stato moderno e la sua crisi (S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Vannucchi, Pisa, 1909, ma nello stesso filone, come

nel momento in cui la novità non è più giustificata come recupero del passato e come progressione nella continuità, ma come rottura e soluzione di continuità, la decomposizione della democrazia si ha nel momento in cui una democrazia non si interroga più sulle ragioni della propria crisi, perché questa non riguarda più le *technicalities* della costruzione della volontà generale come artefatto prodotto attraverso il marchingegno della rappresentanza politica ma piuttosto lo stesso significante “popolo” come universo desideroso di rappresentazione e quindi investe la stessa ragion d’essere della democrazia, la stessa idea che attraverso la democrazia il popolo si possa dare un’anima⁵.

In altre parole, la riflessione sulla propria crisi è il segno di una democrazia matura e consapevole. Al contrario, quando una democrazia smette di ragionare sulla propria crisi, si evolve in una forma di Stato diversa e, perciò, si decompone.

Il fenomeno noto come *democratic backsliding*⁶ e che, forse, può essere considerato tipico di democrazie recenti, nelle quali attraverso elezioni formalmente e sostanzialmente libere, l’indirizzo politico viene conquistato da movimenti che non si riconoscono né nella garanzia delle libertà civili, né nel metodo parlamentare, né nel sistema di garanzie costituzionali che razionalizza e chiude sia la forma di Governo che la forma di Stato, diventa caratteristico anche di democrazie più mature, se così si può dire, nelle quali lo sfaldarsi delle istituzioni democratiche non è ancora evidente, anche se è evidente il loro logoramento, l’incapacità di essere anima del popolo attraverso risposte sempre più “moderne” alle crisi che attraversano la capacità del popolo di percepire se stesso come un organo costituzionale in grado di determinare l’indirizzo politico, crisi che riguardano sia la coscienza del popolo sia la capacità del popolo di comprendere la dimensione inevitabilmente assiologica dell’indirizzo politico⁷.

Tecnicamente, il *democratic backsliding* è tipico dell’esperienza ungherese e polacca, non riguarda le altre democrazie occidentali e consolidate. Tuttavia, anche le altre democrazie occidentali stentano sempre di più a riflettere sulle ragioni della propria crisi e a trovare in questa riflessione la propria più profonda ragion d’essere.

La moderna crisi delle democrazie rappresentative, perciò, non è limitata a pochi casi, tutto sommato sporadici. È una crisi di senso che ha per oggetto, in primo luogo, la capacità del popolo di percepire se stesso come capace di essere lo spirito che dà vita allo Stato per mezzo delle istituzioni democratiche⁸ e perciò l’idea della democrazia come anima del popolo.

si è cercato di mostrare altrove: ID., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e della p.a. in Italia*, 1909, 251. Per Santi Romano, la crisi dello Stato moderno era crisi di rappresentanza secondo le suggestioni di Léon Duguit (G.L. CONTI, *La crisi dello “Stato moderno” e l’emergenza pandemica: appunti sul ruolo delle Camere nella lotta contro il coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, fasc. speciale). Nel testo, l’idea è che la crisi sia più profonda, non riguardi tanto l’idea di Stato, ma piuttosto l’idea di moderno.

⁵ Il passo, talmente noto da non avere bisogno di essere citato, di Hegel sul passaggio di Napoleone a Jena nel 1806 può essere utilizzato per riflettere sulla idea di democrazia. Come Napoleone era l’anima del mondo, così la democrazia razionalizza quella riconciliazione del divino con il mondo che per Hegel era stata l’essenza della Rivoluzione francese (cfr. N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia*, Utet, Torino, 1963, part. 97).

⁶ Fra i molti, S. HAGGARD e R. KAUFMANN, *Backsliding. Democratic Regress in the Contemporary World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021. Questi Autori pongono l’accento sul fatto che lo sfaldarsi delle democrazie contemporanee avviene attraverso organi “duly elected”. La concettualizzazione del fenomeno si deve a Nancy Bermeo: N. BERMEO, *On democratic backsliding*, in *Journal of Democracy*, 2016, 27, 5-19.

⁷ Su cui le generalizzabili osservazioni di C. TRIPODINA, *L’indirizzo politico nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Rivista AIC*, 2018, fasc. 1. Indirizzo politico al tempo del fascismo era la capacità dello Stato di dare un significato unico in chiave assiologica a ogni sua manifestazione, una idea che ricorda la chiave weberiana dello Stato come macchina viva perché coagulata da uno spirito (cfr. F. FERRARESI e A. SPREAFICO, *Il dibattito sulla burocrazia nella tradizione weberiana e in quella marxista*, in *Studi di sociologia*, 1975, 13, fasc. 3/4, 189).

⁸ P. ROSANVALLON, *Sulla crisi della democrazia*, in *Il Mulino*, 2020, fasc. 4, 692. Anche per Rosanvallon, la democrazia è essenzialmente crisi e la crisi della rappresentanza non è crisi dell’istituto in sé ma dei “mondi” che hanno bisogno di essere rappresentati, sicché il populismo diventa il bisogno di essere visti da parte di coloro che si sentono invisibili e la crisi del Parlamento è la crisi del collegamento per cui il popolo percepisce le proprie istituzioni rappresentative come occhi e bocca, secondo una costruzione che ricorda molto Bentham nella lettura di Foucault (M. FOUCAULT, *L’occhio del potere*, in *Bentham, J., Panopticon, ovvero la casa di ispezione*, a cura di M. Foucault e M. Perrot, Marsilio, Venezia, 1983, 7).

Di qui, il richiamo alla potenza del fato: è solo il fato che può dire se la moderna crisi della democrazia rappresentativa conduce a una nuova forma di rappresentanza, alla costruzione di nuovi modi di trasformare il popolo in volontà sovrana o se è ancora possibile riflettere sulla essenza della democrazia e trovare nel suo lessico una nuova modernità, una modernità postmoderna.

Il fato può, naturalmente, essere interrogato con diversi strumenti, ma nessuno di essi appartiene alla scienza, tantomeno del diritto costituzionale. Per il diritto costituzionale, la coscienza di una crisi della democrazia è il punto di partenza di una riflessione sulle sue cause, per mettere a punto i congegni esistenti, rivitalizzarli, recuperare lo spirito della macchina che si è cercato di costruire, allo scopo di evitare che il fato possa prendere il sopravvento, con l'orgogliosa umiltà di chi sa di non essere all'altezza delle proprie nobili origini.

Riflettere sulla crisi arrestando la decomposizione è, in questo momento, l'obiettivo imposto al costituzionalista dalla crisi della modernità presupposta alla crisi della democrazia.

2. *Le cause della decomposizione: la rivolta contro la democrazia liberale è il grido di dolore della democrazia liberale?*

Causa e prodotto della decomposizione della democrazia liberale è l'erompere dei populismi. E non ci sono molte parole dal significato più indistinto di questa. Tutti si interrogano sul significato del populismo e sulla sua natura più o meno transitoria.

È il tentativo di rappresentare l'IN-distinto per mezzo di risposte IN-distinte⁹, è il bisogno di identità per mezzo di confini espresso da chi ha solo i confini per diventare visibile come soggetto¹⁰, è il desiderio di lotta contro le élite di chi non si sente rappresentato, di chi non si sente percepito dalle istituzioni rappresentative¹¹.

È, in fondo, il bisogno di trovare risposte senza avere domande diverse dal bisogno di trovare una voce e una identità.

Chi guarda all'avvento dei populismi teme che sia prossimo un nuovo 1933¹², anche se forse la situazione attuale ricorda di più la Lega dello Scarpone del 1517, la rivolta dei contadini contro la degenerazione del sistema feudale che era in realtà il sorgere dell'economia capitalista, una ribellione contro le degenerazioni del presente (i tributi imposti dal sistema feudale e dalle sue improprie connessioni con la meravigliosamente complessa costituzione del Sacro Romano Impero, i benefici ecclesiastici), che non si rende conto come, in realtà, tali degenerazioni siano i prodromi di meccanismi di accumulazione del capitale ancora più efficienti e aggressivi (la costruzione del

⁹ E. LACLAU, *La ragione populista*, Laterza, Bari, 2002, *passim*, che sottolinea la denigrazione discorsiva di questo concetto, come se una nozione alta di politica rifiutasse spazio politico a idee vaghe, imprecise, e, soprattutto, alle masse, viste in termini ottocenteschi come l'oggetto di una paura atavica dello Stato liberale. Difficile non ricordare le pagine con cui Giannini, il fondatore dell'Uomo Qualunque, ricorda il suo incontro con Croce e il rifiuto di Croce di consentire l'ingresso di un movimento di massa, vago e indistinto, nel partito liberale (vedi «Il cantachiaro – antigianne satirico-politico» dell'11 ottobre 1946). Sul tema, S. SETTA, *Storia dell'Uomo Qualunque*, Laterza, Bari, 2005.

¹⁰ I. DIAMANTI, *Alle radici della crisi. Il populismo e il disagio della democrazia rappresentativa*, in *Stato e mercato*, 2018, fasc. 1, 117.

¹¹ R. EATWELL e M. GOODWIN, *National Populism. The Revolt Against Liberal Democracy*, Penguin Books, London, 2018, volume che, forse, rappresenta una delle più complete riflessioni sul populismo di marca britannica disponibili e che sottolinea il legame fra globalizzazione e populismo: il sorgere di élite globali, sin dal 1870, secondo la nota lettura storica di Hobsbawm (E. HOBSBAWM, *Il trionfo della borghesia*, Laterza, Bari, 2003), fa sì che chi è escluso dalla globalizzazione non possa che rifugiarsi nello Stato nazione che diventa nello stesso identità e protesta.

¹² Una lettura interessante degli accadimenti di quell'anno in P. METCALFE, *1933. L'ascesa al potere di Adolf Hitler*, Neri Pozza, Milano, 2018. L'Autore rilegge quegli anni attraverso alcuni diari e in particolare quello di Ernst Hanfstaengl. Lo stupore di quest'uomo, cresciuto negli Stati Uniti, educato a Harvard, rampollo dell'alta borghesia tedesca e di una famiglia di mercanti d'arte, per Hitler diventa progressivamente fascinazione e rapimento. Hanfstaengl trova risposte a domande che non aveva mai formulato e per lui, significativamente, Hitler era una persona insignificante fino a che non prendeva la parola perché da quel momento non si poteva fare a meno di pendere dalle sue labbra. È questa l'essenza del populismo: la capacità di dare risposte a domande che non sono neppure state formulate.

capitalismo olandese e anseatico, nel caso della Lega della Scarpone, la democrazia degli unicorni, nel caso dei movimenti populistici)¹³.

E' facile guardare all'avvento del populismo con la paura di un nuovo 1933 nel cuore, è facile vedere in questi movimenti che rifiutano la ragionevolezza come misura del potere e che cercano risposte irrazionali lo stesso nucleo di insoddisfazione che è stato alla base del nazismo e del suo avvento in una nazione che poteva essere considerata come una delle più civili e colte del mondo. In realtà, però, il populismo non è la reazione – eccezionale e, in un certo senso a-storica – alle ingiuste lacune del trattato di Versailles. Sembra, invece, essere la reazione a una evoluzione del sistema che non è riuscita a essere sufficientemente inclusiva, che ha lasciato indietro molti cittadini, i quali reagiscono protestando ma senza rendersi conto che questa evoluzione non è il punto di arrivo di un processo storico ma piuttosto l'inizio di una soluzione di continuità nel processo storico stesso. Se il tratto comune di tutti i movimenti populistici è la polemica contro le élite, le élite non sono il punto di arrivo naturale delle costituzioni contemporanee, sono piuttosto una soluzione di continuità nel loro affermarsi, il segno di un fallimento che è, nello stesso tempo, l'avvio di un periodo storico nuovo e molto più complesso. Per questa ragione, l'attuale momento storico ricorda molto di più i moti popolari della Lega dello Scarpone che non l'incendio del Reichstag o la crisi dei sogni di Weimar.

Un interessante percorso di ricerca rappresenta il populismo come il grido di dolore della democrazia rappresentativa¹⁴, qualcosa che non deve essere disprezzato dalle élite ma neppure seguito, perché potrebbe facilmente agevolare dei sovvertimenti autoritari, secondo le suggestioni di Schmitt.

In realtà e molto più profondamente, il populismo, nella idea che ha guidato la tastiera di queste pagine, è il grido di dolore della modernità, intesa come rifiuto del passato in virtù di un presente che è aurora dell'avvenire.

La modernità a furia di rifiutare il passato ha rifiutato anche se stessa, anche l'idea che il presente sia aurora dell'avvenire appare superata.

Ma un presente che rifiuta il passato quando il passato è a sua volta rifiuto del presente è un presente che rifiuta se stesso.

È questo il populismo: l'eterno presente, privo di una giustificazione che lo collega al passato, alla guisa di un rinascimento, ma anche di una speranza che lo collega al futuro, alla maniera di un Sole nascente.

Il popolo che si riconosce nel populismo è un popolo che si riconosce unicamente in se stesso e nei propri confini piuttosto che nella sua lingua perché non conosce il suo passato e rifiutando il passato rifiuta anche l'idea di fiducia nel futuro, che è stata il motore dell'età moderna a partire dall'epoca delle grandi rivoluzioni e il presente per il presente non ha bisogno di una Costituzione che lo guidi verso le prossime generazioni.

È il popolo della Lega dello Scarpone.

3. Anatomia e biopolitica: verso la governance degli unicorni cannibali

La Lega dello Scarpone lottava contro antichi privilegi senza capire che gli stessi erano alla base di un nuovo capitalismo, e, onestamente, non era semplice capire nel 1517 un fenomeno che sarebbe stato chiaramente percepibile solo nella seconda metà del XIX secolo e che si sarebbe manifestato in tutta la sua virulenza a partire dal 1870.

¹³ La natura della Bundshuh è svelata dall'attenzione che le dedicò Lutero, il quale ebbe a pronunciare in un celebre sermone "Signori, liberateci, sterminate, e colui che ha il potere agisca" consolidando la propria alleanza non tanto con i principi territoriali, come si è soliti affermare (T. MUDRY, G. CIOLA, A. COLLA, C. MUTTI. *Rivolte e guerre contadine*, Casa Editrice Barbarossa, Milano, 1994) quanto piuttosto con gli emergenti poteri economici.

¹⁴ J.P. MC CORMICK, *La crisi della democrazia contemporanea e il grido di dolore populista*, in *Iride. Filosofia e discussione pubblica*, n. 82 (settembre-dicembre 2017), 539. Il riferimento è a Durkheim per il quale il socialismo era il grido di dolore della società moderna (*Durkheim on Politics and the State*, a cura di Anthony Giddens, Stanford: Stanford University Press, Stanford, 1986, 99).

I populist, persino i costituzionalisti di matrice populista, che non mancano soprattutto negli Stati Uniti¹⁵, rifiutano le élite, ma le élite della rappresentanza politica e dei poteri forti economici o sindacali, o un potere giudiziario che avvertono interconnesso alle élite che rigettano.

Non si avvedono che, in realtà, il nostro presente, questo faticoso presente dominato dalla crisi della modernità, è la cerniera fra il passato degli Stati nazionali e il futuro della anatomopolitica¹⁶ globale, un sistema di sorveglianza in cui il potere, inteso come precettore e predatore, non si esercita più attraverso la sorveglianza del panopticon, ma attraverso la conoscenza degli istinti. Il sistema della mobilità globale che è tipico del nostro presente ha bisogno di forme di potere che siano universali e universalizzanti, forme di potere che non si possono più esercitare attraverso la sorveglianza di uno Stato di polizia, ma che guidano e condizionano perché conoscono esattamente ciò che ci piace e questo non avviene al livello intellettuale ma al livello del corpo, della soddisfazione del bisogno di piacere, un costante diluvio informatico di endorfine, la cui caratteristica essenziale è la capacità che ha l'emittente di conoscere, attraverso la tecnologia della sorveglianza digitale resa possibile dalla combinazione dei *browser* con i motori di ricerca e con i *cookies*¹⁷, i desideri più profondi del percettore.

Foucault considera la biopolitica come una evoluzione del panopticon. Per lui, il potere è essenzialmente sorveglianza, nasce con la peste nera del medioevo, quando il potere ha bisogno di controllare la circolazione dei cittadini e vi riesce strada per strada, vi può riuscire perché, in fondo, le strade non ci sono e la circolazione è assai limitata. Questo potere, che è il potere del panopticon, entra in crisi con la costruzione di un mondo globale, in cui la circolazione delle persone impedisce ai singoli Stati di esercitare la sorveglianza anche al proprio interno. Ma il potere per esistere non può rinunciare a controllare i propri sudditi e ci riesce attraverso gli istinti del piacere, che per Foucault, che detta le sue riflessioni nella metà degli anni Settanta, sono la comunicazione commerciale e gli strumenti del *marketing* che diventano globalmente aggressivi attraverso la televisione, la radio, i giornali.

Questi strumenti, però, sono diventati molto più aggressivi e invasivi con le moderne tecnologie della rete. Internet sa quello che fanno i suoi cittadini, conosce le loro abitudini, le memorizza nei propri server e sa come utilizzarle per guidarli nelle loro scelte.

C'è un salto di qualità epocale fra una campagna pubblicitaria degli anni Settanta e i *cookies* che guidano la nostra inconsapevole navigazione in rete cinquant'anni dopo.

La *privacy*, in questa dimensione, è il paradigma di uno *status passivus*, per seguire la classificazione delle libertà di Jellinek¹⁸, perché la conoscenza della sorveglianza, l'accettazione o

¹⁵ A. R. AMAR, *American Constitution: a Biography*, Random House, New York, 2006; M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 2000; R.D. PARKER, *Here the People Rule. A Populist Manifesto*, Harvard University Press, Cambridge Ma., 1993; L. KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford, 2006, solo per fare qualche esempio.

¹⁶ Per l'idea di anatomopolitica, intesa nel senso del testo, vedi, ovviamente, P. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, corso al Collège de France 1975- 76, a cura di M. Bertani e A. Fontana, Feltrinelli, Milano, 1998. Con pudore di nota, si può aggiungere che per Foucault la cerniera fra anatomopolitica e biopolitica, una anatomopolitica che entra nella vita quotidiana con l'urgenza dell'istinto e che non si rivolge più solo ai bisogni più primordiali, è il sesso, lo stesso sesso che ha fatto sì che la rete penetrasse nel quotidiano, molto più di qualsiasi marketplace, social media o motore di ricerca, rendendo primitivo il mercato pornografico ma nello stesso tempo uniformando le pratiche del corpo secondo stereotipi la cui forza è di rendere ordinario ciò che è eccezionale, feticista, estremo, etc. L'analisi di questo fenomeno è in W. H. K. CHUN, *Control and Freedom: Power and Paranoia in the Age of Fiber Optics*, MIT Press, Boston Ma., 2006, part. 106; M. RIMM, *Marketing pornography on the information superhighway: a survey of 917,410 images, descriptions, short stories, and animations downloaded 8.5 million times by consumers in over 2,000 cities in forty countries, provinces, and territories*, in *Georgetown Law Journal*, 1995, 83(5), 1849-934; D. BENNETT, *Pornography-dot-com: Eroticizing privacy on the Internet*, in *Review of Education, Pedagogy, and Cultural Studies*, 2001, 23(4), 381-91. Il sesso è centrale per la rete, ma la centralità del sesso nella rete modifica la percezione del sesso anche nel reale rendendo ragionevoli pratiche che altrimenti sarebbero viste come scandalose o impudiche. La rete diventa infrastruttura anche delle pratiche corporee, per utilizzare un'espressione tipica degli antropologi.

¹⁷ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: the Fight for Future at the New Frontier of Power*, Faber & Faber, London, 2019.

¹⁸ G. JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, rist. 2011.

meno dei cookies che la rendono possibile, è ciò che, nello stesso tempo, rende possibile accedere ai contenuti della rete e la sorveglianza attraverso cui si esercita questa versione contemporanea della biopolitica. Non è mera proprietà dei propri dati personali, secondo lo schema caro ai civilisti che occupano questa porzione del diritto¹⁹, ma è rivendicazione di uno spazio escluso dalla biopolitica, ricerca di una conoscenza che non sia guidata per mano da un algoritmo, ricerca di un piacere che non sia il frutto di una cronologia di ricerca.

Non è un caso che questo complicato presente veda gli unicorni cannibali, le società della rete che capitalizzano quanto il prodotto interno lordo di una democrazia avanzata e che, perciò, divorano i loro concorrenti attraverso acquisizioni e operazioni di finanza straordinaria le cui dimensioni spesso sfuggono alla comprensione delle autorità antitrust²⁰, darsi una governance piuttosto che dei codici condotta apparentemente guidati dagli utenti o comunque connessi al valore di mercato, attraverso complessi sistemi di remunerazione per mezzo di opzioni, o condizionati da board composti da esperti indipendenti.

Gli unicorni cannibali si rendono conto di essere un pericolo per la democrazia e hanno scelto di vestire i panni dei paladini di una governance mite e attenta ai bisogni dei consumatori, secondo lo schema fatto proprio da ultimo dalla ipotesi di Digital Pack attualmente in corso di elaborazione a livello eurounitario²¹.

La sostanza resta: se il populismo nasce dalla crisi della modernità, dalla perdita di senso del moderno, la rivolta populista appare come il grido di dolore della rappresentanza, ma non si rende conto che il vero rischio posto alla democrazia liberale da questo difficile presente è il potere precettivo del capitalismo della biopolitica, un rischio terribilmente sottovalutato, perché reso impercettibile dalle avvertenze con cui veniamo invitati ad accettare l'inaccettabile ogni volta che entriamo in un sito internet, anche solo per acquistare un decespugliatore o per cercare un cinema all'aperto nella calura estiva.

Le democrazie liberali, qui, appaiono sguarnite, prima di tutto sul piano culturale perché la rappresentanza politica non può molto contro un fenomeno che non comprende e che è sempre apparso come un benevolo demone apportatore di sviluppo secondo la retorica delle startup o l'inesorabile universo di valori globalmente unificanti dei provider di contenuti audio – video.

Quel demone, oramai, è troppo grande per essere gestito da uno Stato ed è una fortuna che il Fato sinora lo abbia tenuto lontano dalla politica.

È accaduto perché la politica non permette business scalabili e, nello stesso tempo, l'ingerenza nella politica può portare a reazioni velenose e inconsulte da parte dei legislatori²².

Ma fino a quando l'indifferenza politica degli unicorni cannibali potrà proseguire?

La fame di potere è, per definizione, insaziabile e i demoni restano demoni anche quando si travestano da santi nel buio dei crocicchi.

¹⁹ P. BERNAL, *The Internet, Warts and All. Free Speech, Privacy and Truth*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2018.

²⁰ Esempio l'acquisizione da parte di Google di Double Click nel 2007, che ha consentito al motore di ricerca di conquistare una posizione dominante nel mercato della pubblicità, ottenendo la partecipazione di controllo della società che gestisce i codici che consentono alla pubblicità di essere consegnata agli utenti finali: P. BRADLEY, *The world according to Google*, in *Expert Internet Searching*, 2017, 37-68.

²¹ C. CAUFMANN, C. QONTA, *A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2021.

²² La rete, ovviamente, può essere usata per scopi politici. È accaduto ed è noto. Come ci sono esperti della rete che si occupano di politica, uno per tutti: Steve Bannon, che, secondo il New York Times del 26 gennaio 2021, si starebbe occupando di elaborare un'accurata campagna di disinformazione sul coronavirus. Quello che si vuol dire nel testo, però, è che i grandi unicorni cannibali della rete non si interessano di politica. Se sono in grado di influenzare l'opinione pubblica per loro è molto più conveniente farlo per ragioni commerciali piuttosto che per ragioni politiche. Vendere coca cola è molto più redditizio (ed è un business dalla durata infinitamente più lunga) che non promuovere un candidato alla Casa Bianca.

4. Epifanie decomposte: rappresentanza, partiti politici e giustizia costituzionale

Interrogarsi sulla crisi della democrazia liberale è anche guardare al binomio su cui la democrazia liberale si è sempre fondata: rappresentanza e partiti politici.

La crisi della democrazia liberale è prima di tutti crisi di una razionalità fondata sui partiti politici²³, un Governo con l'ambizione di guardare oltre i bisogni dell'oggi è un Governo capace di ricevere dai partiti politici gli impulsi da trasformare in indirizzo politico. Questi partiti politici non riescono a giustificare le decisioni che nascono dall'esercizio della rappresentanza e che vengono percepite dai loro elettori come il punto di arrivo di pressioni rivenienti da élite, dai poteri forti del lavoro e del capitale. Non sono più portatori di orizzonti ideologici che generano compromessi alti e perciò durevoli, secondo lo schema di Pizzorno²⁴.

Questi soggetti non esistono più e poco importa se hanno smarrito la loro ragion d'essere nel confronto con i poteri forti e nella incapacità di gestire una mediazione con gli stessi, secondo il modello della Urbinati, o se, invece, ciò che è evaporato è l'idea di popolo che i partiti politici incarnavano, un popolo capace di dividersi in formazioni sociali per effetto di orizzonti ideologici comuni e di fini non negoziabili. Il trasformismo dei rappresentanti trova il proprio ecosistema naturale nella mobilità degli elettori ed entrambi sono giustificati dalla crisi del moderno alla quale si è accennato più volte. La rappresentanza, d'altra parte, nasce molto prima dei partiti politici²⁵ e la stessa storia del divieto di mandato imperativo sarebbe incomprensibile senza un'attenta riflessione sulla rappresentanza nei parlamenti delle monarchie assolute fra il Seicento e il Settecento. Quello che si registra adesso, e che favorisce lo sfaldarsi in senso post-democratico, ma soprattutto post-moderno, delle democrazie liberali, è una rappresentanza politica in cui il riferimento ai partiti politici così come disegnato a partire da Schumpeter²⁶ ha perso gran parte del suo significato. I partiti politici non sono più mediatori fra i cittadini e lo Stato perché portatori di piattaforme programmatiche alternative, secondo il modello del *Responsible party government*. Sono cartelli elettorali e la mobilità degli elettori giustifica pienamente il trasformismo degli eletti, che l'anticipano e la seguono o comunque condividono il cinismo politico che caratterizza, alla fine, sia eletti che elettori.

La dimensione dei partiti politici finisce per essere forte essenzialmente a livello locale, dove dei *Bottom and local driven parties* costituiscono il punto di partenza per una piattaforma populista su base nazionale, perché questa piattaforma può unire personalità molto diverse e *cleavage* locali molto diversi.

In altre parole, la crisi dei partiti politici, come ha avvertito Rosanvallon²⁷, è prima di tutto la crisi del mondo che i partiti politici rappresentano e lascia libero spazio a una rappresentanza mobile e a un elettorato in continua trasformazione.

²³ J. L. VILLACANÁS BERLANGA, *Crisi con spettatore: un bilancio a proposito della democrazia*, in *Filosofia politica*, 2006, fasc. 3, 449.

²⁴ Secondo A. PIZZORNO, *Il sistema politico italiano*, in *Politica del diritto*, 1971, part. 204 «una classe politica si definisce ideologicamente in termini di fini a lunga scadenza o non negoziabili, cioè di fini che non possono non venire perseguiti pena la caduta dell'identità stessa del soggetto per la quale lo stesso viene riconosciuto dagli altri, cioè la sua riconoscibilità e la sua distinguibilità rispetto agli altri soggetti collettivi. [...] Quando questi fini non negoziabili cadono e l'azione del soggetto collettivo si esaurisce in una successione di fini negoziati e continuamente rinnovanti si determina certamente un maggiore realismo, ma pure una incapacità di proporre i propri fini ai nuovi individui che devono scegliere quel soggetto, proprio perché non si sceglie un soggetto collettivo per la sua capacità di negoziare certi fini, ma invece perché ha dei fini non negoziabili».

²⁵ In questo senso è possibile rammentare la posizione di Madison così come espressa nel suo discorso al popolo di New York in favore della ratifica della Costituzione degli Stati Uniti (J. MADISON, *The Senate (continued)*, in *The Federalist*, 1788, 63, ora in M. D'Addio, G. Negri (curr.), *Il federalista*, il Mulino, Bologna, 1980, p. 475). Sul tema, fra i tanti, P. IGNAZI, *La lunga storia e l'incerto futuro del partito politico*, in *Il Mulino*, 2008, fasc. 2, pp. 205-214; C. PINELLI, C., *La sfida populistica allo Stato costituzionale*, in *Parolechiave*, 2010, fasc. 1.

²⁶ Il riferimento a J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Edizioni di Comunità, Roma – Ivrea, 2001, è ovvio. Sull'opera di questo autore, D. ARGENTI, *La teoria della democrazia nel pensiero di J.A. Schumpeter*, Jovene, 2001.

²⁷ P. ROSANVALLON, *Sulla crisi della democrazia*, cit., 692.

La crisi della democrazia liberale è anche e soprattutto una crisi del metodo parlamentare come sistema di gestione del grande compromesso: la mobilità degli elettori scoraggia scelte elettorali di lungo respiro che facilmente potrebbero favorire gli avversari²⁸, sono entrati in crisi sia la distinzione fra democrazia negoziata e democrazia maggioritaria sia il teorema dell'elettore mediano²⁹ che, nelle dinamiche elettorali, è scomparso a favore di propagande sempre più polarizzate e polarizzanti³⁰, che però non riescono a focalizzarsi su dei beni pubblici indivisibili capaci di essere percepiti come oggetto di politiche identitarie per i partiti politici. La stessa idea di mediazione non sopravvive in una società polverizzata³¹.

Il metodo parlamentare, nella sua essenza, ha bisogno di partiti che rappresentano idee forti e che sono fortemente radicati nella società. Il metodo parlamentare è la razionalizzazione del bisogno di compromesso che nasce da elezioni in cui l'elettore che decide è quello che si trova al centro delle estreme radicalizzazioni. Tutto questo è entrato in crisi, ma prima di ogni altra cosa sono entrate in crisi le idee forti che consentivano ai singoli partiti politici di essere percepiti come una identità per i propri elettori e, di conseguenza, il metodo parlamentare ha perso il proprio universo di riferimento. La crisi non riguarda il Parlamento, ma ciò che dovrebbe essere rappresentato in Parlamento.

La scomparsa dell'elettore mediano e quindi di un bisogno di razionalizzazione orientato al grande compromesso conduce al diffuso emergere di forme di Governo latamente o larvamente presidenziali, anche laddove la Costituzione scritta è chiara nel prevedere democrazie di tipo parlamentare³², perché questo è coerente con la polarizzazione della politica.

L'unica cosa certa in questo scenario desolante è che un elettorato vagabondo e senza pace, rappresentato da una classe politica avidamente trasformista, mai così lontana dal discorso di Stradella di Depretis, che, in fondo, aveva una sua nobiltà³³, avverte con grande disappunto i limiti che si frappongono alla trasformazione dei suoi volubili capricci in volontà dello Stato, mal sopporta il primato della legge e vede nella giustizia o lo strumento di un giustizialismo becero e malpancista o la volontà di una élite lontanissima dal cuore della gente comune.

Il Parlamento di questa stagione è, ovunque, un organo che viene convocato ad referendum per ratificare, in Italia attraverso il voto di fiducia, scelte negoziate altrove³⁴, anche laddove è bicamerale vive un monocameralismo di fatto³⁵.

Questo Parlamento non è più né occhio né voce del popolo perché è intriso della crisi esistenziale del formante elettorale che lo rinnova più moribondo a ogni legislatura. L'orizzonte che si pone dinanzi alla crisi del Parlamento, che è crisi della razionalità parlamentare o, meglio ancora: crisi della ideologia "moderna" che ha costituito il fondamento della razionalità parlamentare, l'idea che

²⁸ C. TRIGILIA, *Quale democrazia per la crisi italiana*, in *Il Mulino*, 2020, fasc. 2, 183, il quale vede in termini sconsolati l'affermarsi di un sistema politico frammentato per effetto di grandi coalizioni nelle quali si assiste a un dialogo sempre più conflittuale fra libero mandato parlamentare e sistema dei partiti.

²⁹ D. BLACK, *The Theory of Committees and Elections*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 1958.

³⁰ S. PALOMBARINI, *Le analisi economiche del ciclo politico: limiti e sviluppi possibili*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 2005, 127.

³¹ Osserva la Urbinati (*op. cit.*, part. 989): «Quella alla quale assistiamo, in alcuni Paesi europei più che in altri, è una crisi della democrazia parlamentare costruita sulle elezioni gestite dai partiti politici, organi di partecipazione, non semplicemente di selezione, del personale politico (come sta scritto in alcune costituzioni europee). La disaffezione dei cittadini è verso l'istituzione parlamentare, la sua politica del compromesso e della mediazione e verso le procedure e le istituzioni che la rendono possibile, in primis i partiti».

³² M. RICCIARDI, *L'età della frattura e la crisi del liberalismo*, in *Il Mulino*, 2021, fasc. 1, 10. Per questo Autore, niente assomiglia di più all'incendio del Reichstag del 1933 dell'assalto al Campidoglio del 6 gennaio 2021 e la crisi del liberalismo sarebbe generata dal tradimento degli ideali del 1989, secondo uno schema caro a Zielonka (J. ZIELONKA, *Controrivoluzione. La sfida all'Europa liberale*, Laterza, Bari, 2018).

³³ Vedi M. S. SALVADORI, *Il trasformismo*, in *Il Mulino*, 2001, fasc. 2, 467.

³⁴ Vedi, fra i molti e senza entrare troppo nelle tecnicità di diritto parlamentare, C. F. FERRAIOLI, *L'abuso della questione di fiducia. Una proposta di razionalizzazione*, in *Diritto pubblico*, 2008, fasc. 2, 587; F. PERNA, *Tempi della decisione ed abuso della decretazione d'urgenza*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, fasc. 1, 59; G. PICCIRILLI, *I paradossi della questione di fiducia ai tempi del maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, fasc. 4, 789.

³⁵ E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017.

attraverso la mediazione sia possibile costruire un futuro migliore del presente, è la crisi della giustizia costituzionale.

La giustizia costituzionale trova la propria ragion d'essere nella necessità di arginare la centralità del Parlamento, di impedire al Parlamento di travalicare i limiti posti alla sua autonomia con la forza che gli viene dalla investitura popolare. Quando questo non è più, il rapporto fra Parlamento e giustizia costituzionale si inverte e un Parlamento stanco e incapace chiede alla Corte costituzionale di essere illuminato sui principi e criteri direttivi ai quali deve essere improntata la legislazione elettorale³⁶.

Questo scenario appare nelle democrazie che vivono con maggiore sofferenza lo sfaldarsi in senso post democratico³⁷ ma è naturale ovunque: se il ruolo dei Parlamenti come luogo di mediazione razionale fra piattaforme programmatiche diverse è entrato in crisi, è entrata in crisi l'idea moderna di una mediazione parlamentare, la crisi non può che investire anche il giudice della razionalità, ovvero la giustizia costituzionale, intesa come il custode ultimo dei valori costituzionali e quindi della correttezza della mediazione parlamentare.

Nello stesso tempo, la giustizia costituzionale è ovunque il portato di una élite, lontana dal popolo e gli attacchi alla Corte Suprema del costituzionalismo populista tipico degli Stati Uniti sono un grido di dolore destinato a diffondersi.

Sbaglia chi è convinto che la crisi dei partiti politici riguardi soltanto il metodo parlamentare e forse la forma di Governo parlamentare: riguarda anche il nucleo forte della giustizia costituzionale che trova nel proprio ruolo di arbitro di una dialettica politica fortemente radicata nel sociale la sua giustificazione.

La giustizia costituzionale diventa un giudice senza lite e un giudice senza lite non può non essere avvertito come un tiranno arbitrario.

Nel momento in cui la razionalità parlamentare si trasforma in un marchingegno incapace di produrre artefatti, anche la giustizia costituzionale diventa altrettanto incapace. Se il Parlamento smette di essere l'anima del popolo, la giustizia costituzionale rischia di non essere più l'anima della Costituzione.

5. Oltre la decomposizione

Il populismo non è una novità e questo indipendentemente dai riferimenti all'esperienza italiana o ai populismi più conosciuti ed evocati sul piano internazionale (dal Venezuela, all'Ungheria, alla Polonia).

Soprattutto non è una novità in Italia: in fondo, è possibile sostenere che la stessa Democrazia Cristiana sia stata qualcosa di molto simile a un movimento populista³⁸: che cosa è più populista

³⁶ In questi termini, S. STAIANO, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3/2017, part. 31 e ss., dove si legge: «Il sistema di controllo sulla conformità delle leggi alla Costituzione fu costruito come giurisdizione di legittimità: se ne traggono elementi dalla sua genesi e dal dibattito che ne precedette e ne accompagnò la messa in opera. I costruttori dell'assetto normativo in cui la Corte costituzionale trova fondamento e disciplina mostrarono capacità prospettica degna di nota, poiché percepirono che essa sarebbe stata accettata e se ne sarebbe affermato il ruolo nel sistema dei rapporti tra i poteri solo se fosse stata percepita come «giudice» delle leggi e non come caposaldo «politico» di un «governo dei giudici». La modalità di ingresso della domanda giudiziale alla Corte viene adottata a riprova della natura giurisdizionale dell'organo e della sua funzione».

³⁷ Paradigmatica l'esperienza polacca: A. ŚLEDZIŃSKA-SIMON, *The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition*, in *German Law Journal*, 2018, 19(7), 1839-1870.

³⁸ Sulla storia della Democrazia Cristiana, fra i tanti: G. CAMPANINI, *Genesi e sviluppo della DC*, in Traniello, F. (cur.), *Dizionario storico del movimento cattolico in Italia 1860-1980. I fatti e le idee*, vol. I, t. I, Marietti, Casale Monferrato, 1981; A. GIOVAGNOLI, *Il partito italiano. La Democrazia Cristiana dal 1942 al 1994*, Laterza, Roma – Bari, 1996; Istituto Alcide De Gasperi (cur.), *Democrazia Cristiana (1943-1976). Una introduzione bibliografica*, Cinque Lune, Roma, 1976; G. BAGET-BOZZO, *Il partito cristiano al potere. La DC di De Gasperi e di Dossetti*, Vallecchi, Firenze, 1974; M. DI LALLA, *Storia della democrazia cristiana*, Marietti, Torino, 1978-82; G. GALLI, *Storia della DC*, Laterza, Roma – Bari, 1978; T. GODECHOT, *Le parti Démocrate-Chrétiennes Italiennes*, Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1964; F.

dell'idea di condurre a unità i concetti di religione, popolo e Stato attraverso la dinamica di un partito politico?

Che cosa è più populista di un partito politico capace di rendere “fratelli”, come si chiamavano i democristiani fra di loro³⁹, Andreotti e Dossetti?

Se lo stigma populista è la cicatrice che lascia su un soggetto politico lo sguardo indignato di un intellettuale capace di essere critico come un Gobetti o un Croce o un Salvemini, la Democrazia Cristiana è stata intimamente populista.

La Democrazia Cristiana è stata per un eterno quarantennio il perno dell'intero sistema politico nazionale e ha gestito uno spazio politico assolutamente peculiare perché improntato alla mediazione e alla centralità⁴⁰.

La crisi di questo modello può, forse, essere letta come crisi di un modello autenticamente populista: la Democrazia Cristiana, a ben vedere, era priva di una vera e propria ideologia, i suoi esponenti più autorevoli consideravano le ideologie come degli orpelli in contrasto con la vocazione alla centralità di un partito intimamente cattolico e con l'ambizione di rappresentare l'intera nazione, di dare una risposta concreta ai bisogni della nazione attraverso un riferimento aideologico alla natura inclusiva della religione cattolica.

In fondo, la crisi del 1992-94 sostituisce un populismo in cui due partiti si legittimavano reciprocamente attraverso la negazione dei valori che ciascuno di essi rappresentava in una percezione collettiva in cui il voto più che adesione all'uno era rifiuto dell'altro, con un nuovo populismo, che però non è più riuscito a essere altrettanto populista, altrettanto capace di essere percepito come «Partito-Paese».

Gli attuali populismi, in Italia, sono gli orfani di questo modello ambizioso, anche quando apparentemente non vi fanno riferimento. Vi è stata una matrice populista sia nella Forza Italia dalle origini al progressivo e priapico delirio suicida del suo leader⁴¹, sia nella Lega, tanto che ci si riferisca al complesso movimento delle origini che al moderno partito di questi ultimi tempi. Soprattutto entrambi questi movimenti hanno trovato la loro legittimazione anche nella ferma opposizione al Partito Democratico e il Partito Democratico ha fatto della battaglia contro Berlusconi e contro la mitologia leghista una delle proprie maggiori spinte propulsive, almeno sino alla complessa età di Renzi.

Ma il momento più populista della recente storia repubblicana è sicuramente quello che ha trovato il suo punto di riferimento nel Movimento 5 Stelle⁴². Anche questo movimento sembra essere stato vinto dalla forza di inerzia della democrazia liberale. La democrazia liberale pare avere assorbito quasi completamente un partito che aveva cercato di demolire la rappresentanza attraverso la rappresentanza⁴³. Lo ha fatto attraverso uno dei suoi strumenti più antichi: il trasformismo esasperato

Malgeri. (cur.), *Storia della Democrazia cristiana*, 5 voll., Cinque Lune, Roma, 1987- 1989; P. POSSENTI, *Storia della Democrazia cristiana dalle origini al centro-sinistra*, Silva e Ciarrapico, Roma, 1978.

³⁹ I rapporti “fraternali” fra i maggiori della Democrazia Cristiana sono narrati con brillante disinvoltura da M. FOLLINI, *Democrazia Cristiana: racconto di un partito*, Sellerio, Palermo, 2018.

⁴⁰ V. CAPPERUCCI, *La storiografia del giorno dopo. Il dibattito sulla crisi della Democrazia Cristiana negli anni novanta*, in *Ricerche di storia politica*, 2002, fasc. 2, 231, che osserva «Nello scarto fra i partiti e la società salta (...) il modello del partito – paese: la DC aveva vinto perché (aveva) costruito la propria identità e quella del paese sulla capacità di mediare una realtà variegata, pluralista, complessa, realizzando nella convergenza al centro la stabilità del sistema» (part. 233-4).

⁴¹ Sulla storia di Forza Italia e il suo progressivo sfaldarsi, F. CICCHITTO, *Storia di Forza Italia: 1994 – 2018*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2018. Cicchitto si sofferma non poco sui comportamenti del leader e sulle reazioni pubbliche della sua legittima consorte e li considera una delle cause della progressiva perdita di forza elettorale di questo movimento.

⁴² Fra i molti: P. CORBETTA, R. VIGNATI, *Il Movimento 5 Stelle in cerca di futuro*, in *il Mulino* 2015, fasc. 3, 435; R. BIORCIO, P. NATALE, *Il Movimento 5 stelle: dalla protesta al governo*, Torino, Mimesis, Sesto S.G., 2018; L. MONTESANTI, V. TARDITI, *Fenomenologia di due nuovi partiti: i casi del Movimento cinque stelle e di Podemos*, in *Polis*, 2017, fasc. 2, 261; L. CARUSO, *L'euroscetticismo e la critica politica ed economica all'Unione europea. Un confronto tra Front national, Movimento 5 stelle e L'altra Europa con Tsipras*, in *Polis*, 2016, fasc. 3, 311.

⁴³ I. DIAMANTI, *Una mappa della crisi della democrazia rappresentativa*, in *Comunicazione politica*, 2013, fasc. 1, 3. Per questo Autore, che scrive nel 2013, quindi all'indomani della prima grande affermazione del Movimento 5 Stelle, la

dalla mobilità elettorale: dall'inizio della diciottesima legislatura all'inizio del semestre bianco, hanno cambiato gruppo parlamentare 140 (centoquaranta) deputati e 66 (sessantasei) senatori, oltre un quinto dei componenti delle Camere. Di questi, i membri del Parlamento che hanno abbandonato il Gruppo del Movimento 5 Stelle sono stati quasi il 28% dei componenti a inizio Legislatura alla Camera e poco più del 30% al Senato.

Difficile non vedere una profonda crisi degli ambiziosi obiettivi del Movimento 5 Stelle e, nello stesso tempo, non collegare questa crisi al combinarsi di trasformismo e mobilità elettorale.

In realtà, l'ascesa al Governo, dapprima in un'alleanza complessa con la Lega di Matteo Salvini e successivamente con il dolente Partito Democratico di Zingaretti, infine in un Governo di salvezza nazionale guidato da una delle più autorevoli personalità del Paese, ha logorato il Movimento 5 Stelle oltre ogni misura. Lo ha progressivamente privato della sua forza eversiva e provocatoria e, persino, delle sue battaglie politiche maggiormente identitarie.

Il logorarsi dell'attore politico che aveva saputo attrarre l'elettorato degli scontenti e degli indecisi, di coloro che erano contro perché si sentono di appartenere a un mondo che non è rappresentato dal sistema della rappresentanza politica non deve essere preso come una vittoria della democrazia liberale.

La democrazia liberale ha vinto il Movimento 5 Stelle, ma non ha convinto i suoi elettori. Il trasformismo degli eletti dal Movimento 5 Stelle, dei meno noti fra coloro che erano riusciti a ottenere un posto in Parlamento in un tornante elettorale straordinariamente favorevole, dimostra esattamente questo. C'è bisogno di un nuovo soggetto politico più capace del Movimento 5 Stelle di rappresentare i mondi di coloro che si sentono esclusi dal sistema della rappresentanza politica e questo nuovo soggetto potrebbe essere ancora più antipolitico e controdemocratico del Movimento 5 Stelle.

Quando l'antipolitica viene vinta, essa, come il virus con cui ci stiamo abituando a convivere, fra *greenpass* e vaccini, si muta in varianti ancora più aggressive.

La risposta istituzionale è stata debole e, forse, contraddittoria: la riduzione del numero dei parlamentari, che ancora non ha trovato il suo seguito regolamentare⁴⁴. La riduzione del numero dei parlamentari rende estremamente complesso costruire una legge elettorale solida perché capace di rendere il Parlamento rappresentativo dei formanti politici e geografici della nazione, trasformando i voti in seggi che siano espressione del Paese attraverso una rappresentazione organica dei cleavage che distinguono razionalmente l'elettorato⁴⁵.

In assenza del seguito regolamentare ed elettorale, ma anche in assenza delle ulteriori riforme costituzionali a suo tempo propugnate dal Governo giallo verde⁴⁶, la riduzione del numero dei parlamentari è quello che appare: il mero ridimensionamento della rappresentanza parlamentare, frutto della sfiducia nella capacità del Parlamento di rappresentare e perciò di costruire mediando una risposta "moderna" ai bisogni della Società.

Questa risposta può essere considerata contraddittoria perché, da una parte, ridurre il numero dei parlamentari diminuisce significativamente i marchingegni elettorali che possono essere utilizzati per migliorare la qualità della rappresentanza politica. Dall'altra parte, se la sfiducia riguarda il ceto dei componenti il Parlamento considerati nel loro complesso come una élite, la loro riduzione esaspera anziché attenuare il carattere elitario della rappresentanza politica che viene affidata ai più forti e consolidati esponenti dei diversi partiti politici.

strada di Grillo per demolire la democrazia rappresentativa è stata la democrazia rappresentativa. Tuttavia, la democrazia rappresentativa sarebbe riuscita a demolire Grillo, assorbendolo al proprio interno. In questo modo, però, la democrazia rappresentativa avrebbe indebolito ulteriormente se stessa, perché avrebbe determinato un potenziale ulteriore salto di livello dell'antipolitica.

⁴⁴ Su cui, fra gli altri, L. GIANNITI, N. LUPO, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari sui Regolamenti di Senato e Camera*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, fasc. 3, 559, e, volendo, G.L. CONTI, *Temeraria è l'inerzia: il taglio dei parlamentari e le sue conseguenze*, Pisa University Press, Pisa, 2020.

⁴⁵ G. TARLI BARBIERI, *Riduzione del numero dei parlamentari e geografia elettorale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2020, fasc. 3.

⁴⁶ Le si sono rammentate quando parevano attuali in G.L. CONTI, *Il futuro dell'archeologia: le proposte di riforma della Costituzione sul banco della XVIII Legislatura*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2018, fasc. n. 3.

Non è chiaro se la riduzione del numero dei parlamentari troverà, come in certi momenti è parso probabile, un seguito elettorale in grado di determinare il tramonto di un sistema bipolare nemico di scelte di lungo respiro⁴⁷, nemmeno è chiaro se il non possibile avvento di gruppi parlamentari più coesi, tanto in Assemblea che in commissione e la diminuzione della galassia di organi che compongono le due Camere, potrà razionalizzare il rapporto fra Parlamento e Governo, costruendo una endiadi capace di affermare un indirizzo politico chiaro e percepibile da parte dell'opinione pubblica.

Anche su questo aspetto, che è sicuramente uno degli elementi più critici della lunga transizione repubblicana sin dai tempi in cui il problema fu sottolineato nel Decalogo Spadolini⁴⁸, la riduzione del numero dei parlamentari è significativamente ambigua. Si può pensare che questo rapporto sia razionalizzato nel momento in cui diminuisce il numero dei parlamentari che, ad esempio con il ricorso al voto segreto può indebolire la maggioranza, ma non è detto che accada se, ad esempio, il sistema elettorale fosse costruito con un sistema *plurality* in cui semplicemente in ciascun collegio viene eletto il candidato che ottiene più voti. Un sistema elettorale di questo tipo, probabilmente, aumenterebbe l'instabilità.

L'epidemia con cui ci siamo abituati a convivere ha stressato le questioni poste dal rapporto fra libertà e sicurezza. Il vero vantaggio, se così si può dire, della pandemia è l'aver riportato al centro del discorso pubblico il rapporto fra libertà e potere⁴⁹.

Probabilmente, la crisi di un concetto alto della libertà, intesa come pratica civile e responsabile, come necessità di una democrazia e non come diritto individuale, come affermazione di uno *status* composto di diritti e di doveri e non solo di situazioni giuridiche attive, è il cigno nero di questo momento storico.

Mentre la società civile dibatte sui limiti del *greenpass*⁵⁰, si affacciano due alternative di non poco momento. Da una parte, è possibile intravedere l'alba di un mondo di zone gialle, arancioni e rosse, in cui ciascuno è reso più tranquillo dalla sorveglianza dello Stato.

Dall'altra parte, si può immaginare il rinnovo del patto sociale all'insegna di una maggiore responsabilità di ciascuno: la lezione della peste e lo stato di anomia⁵¹ che caratterizza i mondi minacciati da un morbo terrificante, conduce a un controllo capillare delle città e, storicamente, all'affermarsi dello Stato assoluto⁵².

Ma vi è anche un'altra possibilità: che la lezione della peste conduca a un rinnovarsi del patto sociale, in cui ciascuno prende coscienza di poter essere un pericolo per la salute degli altri e impara a contenere l'esercizio delle proprie libertà, costruisce la propria idea di libertà sulla mitezza e il rispetto.

Qualcosa di simile a quanto è accaduto, lungo un percorso di secoli, con le guerre di religione: la paura che la propria fede diventi una ragione di reciproco sterminio insegna la tolleranza e la pratica della intersezione come strumento di dialogo e di avvicinamento fra posizioni potenzialmente ostili l'una verso l'altra.

È anche questo lo scenario in cui ci si deve interrogare sulla decomposizione della democrazia, perché uno dei fattori più in crisi della "moderna" costruzione liberale è proprio la nozione di libertà e questa nozione è stressata come mai, dai tempi della peste e delle guerre di religione, dal morbo con cui ci stiamo abituando a convivere.

⁴⁷ C. TRIGILA, *Quale democrazia per la crisi italiana*, cit.

⁴⁸ C. FUSARO, *Le riforme istituzionali e i dilemmi dei costituzionalisti*, in *Quaderni Costituzionali*, 2003, fasc. 4, 813.

⁴⁹ N. URBINATI, *Libertà e individualismo al tempo della pandemia*, in *Il Mulino*, 2020, fasc. 6, 1012: la pandemia, secondo l'Autrice, ci ha svegliati da un sonno, «quello che ci ha per qualche decennio abituati a pensare alla politica e alla pratica dei diritti come a una battaglia pacifica e lineare che si conclude sempre con più libertà per tutti» (part. 1015).

⁵⁰ Le coordinate non solo costituzionali del problema sono in M. Tomasi, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *DPCE*, 2017, fasc. 2.

⁵¹ M. FOUCAULT, *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975)*, Feltrinelli, Milano.

⁵² M. RICCIARDI, *Il ritorno del Leviatano. Paura, contagio, politica*, in *Il Mulino*, 2020, fasc. 3, 367.

6. *Prevedere e governare il Fato*

La democrazia liberale presa sul serio è una razionalità che non esaurisce le proprie risposte perché queste risposte sono il punto di arrivo di un insieme di valori profondamente innervati nella società e gli istituti democratici riescono a trasformare la volontà dei cittadini in decisioni che sono percepite come legittime perché rispondono a questi valori⁵³.

Nella democrazia liberale è naturale che i cittadini deleghino la elaborazione e la gestione dell'indirizzo politico per dedicarsi ai propri affari, è naturale che questo accada con serenità per effetto di una classe politica consapevole e di una giustizia costituzionale efficiente, secondo le teorie di Ackerman⁵⁴.

Questo, però, non può più accadere, se la crisi riguarda i mondi della rappresentanza, la capacità del binomio Parlamento – Governo di rappresentare le fratture che cicatrizzano esasperando il tessuto sociale e di legittimare le proprie scelte con il riferimento a dei valori che sono presenti nella società.

La crisi della rappresentanza, come si è detto, non è solo tecnica, riguarda la capacità di rappresentare un mondo e di far percepire a questo mondo che lo stesso viene rappresentato.

È una crisi che si riverbera sulla stessa possibilità di costruire dei beni comuni indivisibili in forma di piattaforme programmatiche condivise, capaci di diventare formazioni sociali che siano oltre meri cartelli elettorali, che riescano ad andare oltre agli accordi sulle candidature e alla costruzione di liste civiche destinate ad evaporare subito dopo le elezioni.

Questa crisi non trova risposta nei partiti politici, siano leggeri, alla maniera anglosassone o pesanti, come sono stati negli anni della socialdemocrazia e dei comunismi, perché i partiti politici sono entrati in crisi prima di ogni altra organizzazione, sono stati i primi a perdere la propria ragione d'essere nel momento in cui è scomparso il mondo che rappresentavano, un mondo vivo, fatto di fratture ideologiche che andavano al di là degli interessi economici dei loro stakeholder, e scomparso quel mondo sono scomparsi anche i valori attraverso i quali i partiti politici giustificavano le decisioni collettive.

L'assalto del Campidoglio con cui si è inaugurato il 2021, con un giovanotto travestito da capo indiano che sedeva nello studio di Nancy Pelosi nei giorni in cui veniva discusso l'*impeachment* di Trump e si convalidava l'elezione di Biden, è altrettanto evocativo dell'incendio del Reichstag nel 1933.

I luoghi che simboleggiano la “modernità” della risposta parlamentare alle sfide del futuro vengono abbandonati, invasi, incendiati perché la crisi del “moderno” ha reso anacronistica l'idea della modernità e il metodo parlamentare trova il proprio senso in una società che ci crede.

⁵³ In questi termini, J. L. VILLACANĀS DE BERLANGA, *Crisi con spettatore*, cit., part. 471. La difficoltà di questo percorso è in questi giorni esemplificata dalla discussione sul vaccino contro il COVID 19 e la prescrizione dello stesso come onere per accedere alla soddisfazione di beni considerati come essenziali per una vita normale. Non vi è alcuna ragionevolezza nella discussione sui limiti agli obblighi vaccinali. Da una parte, vi è chi sostiene di non dover essere trattato come una cavia e dall'altra parte vi è chi aderisce acriticamente a una pratica che ha il sapore dello Stato di polizia. Nel mezzo, vi dovrebbe essere una pacata riflessione sui limiti all'intervento pubblico sul corpo dei cittadini, una riflessione che trovi il proprio fondamento nei valori condivisi dalla società. Esempio, in questo, l'insegnamento della Corte costituzionale sul vaccino contro la poliomielite, che ebbe a definire la scelta del legislatore come tragica, sebbene imposta, perché mentre il vantaggio di una immunità di gregge per l'intera società, il danno, per quanto raro, di chi subiva un evento fatalmente tragico per effetto del siero inoculato era solo di questa persona: [Corte costituzionale sent. 18 aprile 1996, n. 118](#). «l'obbligo della vaccinazione antipoliomielitica compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi ed individuali in questione, al limite di quelle che sono state denominate scelte tragiche del diritto: le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene (nel nostro caso, l'eliminazione della poliomielite) che comporta il rischio di un male (nel nostro caso, l'infezione che, seppur rarissimamente, colpisce qualcuno dei suoi componenti). L'elemento tragico sta in ciò, che sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri».

⁵⁴ B. ACKERMAN, *Discovering Constitution*, in *Yale Law Review*, 1984, 93, 1013 – 1072. Sul pensiero di questo Autore, M. GOLDONI, *Sovranità popolare e costituzione nella teoria di Bruce Ackerman*, in *Filosofia politica*, 2005, fasc. 2, 265.

La sensazione che si ha osservando tutto questo è amara: la storia, forse, avrebbe potuto insegnare che nel 1517 il problema non era Lutero ma Papa Leone X, che, allora, la scomunica del frate agostiniano fu la risposta che determinò il fragoroso declinare del Secolo di Ferro verso le guerre di religione. Allo stesso modo, le élite contemporanee scomunicano i movimenti populistici, senza avvedersi che il vero problema sono loro, che questo populismo è un virus che si replica sempre più velocemente perché trova il proprio terreno di coltura nella irreversibile crisi dei partiti politici, nella loro putrefazione.

La risposta che riusciamo a dare è un trasformismo molto più simile al Giolitti dei blocchi nazionali del 1921⁵⁵ che non al trasformismo tecnico di Depretis di quarant'anni prima⁵⁶.

La storia sembra ripetersi e c'è disincanto nella stanchezza con cui tutti i suoi protagonisti si muovono.

Questa storia è la crisi che viviamo in questo momento storico nel nostro paese, una Repubblica che affronta la crisi populista con il metodo trasformista, senza avvedersi che questo metodo, in fondo, esaspera la crisi populista perché non riduce affatto lo scarto fra la società e i partiti politici.

Vi è, apparentemente, poco in comune con il *democratic backsliding* che caratterizza fra le altre cose l'esperienza polacca e l'esperienza ungherese, accomunandole alla Russia di Putin e alla Turchia contemporanea.

Polonia e Ungheria vengono da una lunga esperienza all'interno del Patto di Varsavia, hanno vissuto le rivoluzioni del 1989, ma quella soluzione di continuità non ha cancellato una cultura che non conosceva la giustizia costituzionale, perché non vedeva la possibilità di uno *judicial review* che non provenisse dal popolo⁵⁷, e che per molti anni aveva immaginato la dittatura come strumento di attuazione della volontà popolare.

È davvero difficile comprendere il *democratic backsliding* polacco e ungherese senza soffermarsi sulla cultura del Patto di Varsavia⁵⁸ e, perciò, riconoscendo l'eccezionalità di queste esperienze: rischia di essere naturale per un paese come la Polonia o l'Ungheria cercare attraverso le elezioni un movimento capace di rappresentare l'unità della nazione e, nello stesso tempo, avvertire come distante l'esperienza dello Stato costituzionale intesa in senso continentale.

Eppure, l'esperienza del *democratic backsliding* nei paesi di Visegrád racconta il pericolo che una democrazia, anche una democrazia occidentale e matura come quella italiana o francese, corrono nel momento in cui il disagio diventa un Governo *duly elected*⁵⁹, diventa un consenso forte per un Governo del cambiamento.

⁵⁵ La paura di una vittoria socialista animò la formazione di liste elettorali di centro destra composte da tutti coloro che non volevano la vittoria della sinistra avvertita come una sciagura: M. RIDOLFI, *Partiti elettorali e trasformazioni della politica nell'Italia unita*, in Ballini, P.L. (cur.), *Storia delle campagne elettorali in Italia*, Mondadori, Milano, 2002, 65. Il paradosso è che la ricerca di un blocco compatto contro l'avanzamento delle sinistre avvertite come un pericolo per la sopravvivenza dell'universo statutario legittimò un movimento come quello fascista che non si studierà mai abbastanza ma che ebbe sicuramente anche un'anima in qualche modo populista (E. WEBER, *Revolution? Counter-revolution? What Revolution?* in *Fascism. A Reader's Guide*, Penguin, Harmondsworth (Middlesex), 1976, part. 509). Le cose, ovviamente, non andarono come aveva sperato Giolitti e la politica dei blocchi nazionali legittimò il fascismo, ammettendo alcuni suoi esponenti nelle sue liste: «La nostra partecipazione alla lotta aumenta all'infinito la probabilità di vittoria degli avversari, perché basterà presentare una lista nella quale siano compresi dei fascisti perché questa gente si precipiti alle urne pur di sconfiggere la lista. Questo è palese e voi lo sapete benissimo. Noi non abbiamo nemmeno la speranza di arrivare ad avere la minoranza» (B. MUSSOLINI, *Alle urne!* in *Il Popolo d'Italia*, 7 novembre 1920. Sulla vicenda, C. ROSSI, *Mussolini com'era*, Ruffolo, Roma, 1947).

⁵⁶ Con il discorso di Stradella dell'ottobre 1875, Depretis, sostanzialmente, rifiutò qualsiasi alleanza con i radicali e perciò determinò l'alleanza fra la Sinistra moderata e la Destra (F. CAMMARANO, *La delegittimazione dell'avversario politico legittimo nell'Italia post unitaria*, in *Ricerche di storia politica*, fasc. 1/2009, 3). In questo caso, attraverso la denuncia dell'impazienza del potere e la individuazione di politiche chiare perché improntate al buon senso piuttosto che all'ideologia (l'istruzione, la questione ecclesiastica, il decentramento, la riforma elettorale) si pongono le basi del trasformismo tecnico che avrebbe condotto di lì a poco all'Italietta di Giolitti.

⁵⁷ Vedi M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, Il Mulino, Bologna, 1991.

⁵⁸ Su cui, fra gli altri, A. FUNDER, *C'era una volta la DDR*, Feltrinelli, Milano, 2019.

⁵⁹ Nel senso di S. HAGGARD, R. KAUFMAN, *Backsliding*, cit.

È questo, forse, il tratto essenziale che interessa sottolineare del fenomeno che si sta cercando di indagare: lo sfaldarsi in senso antidemocratico di una democrazia consolidata avviene attraverso Governi che trovano la legittimazione al cambiamento in una investitura elettorale forte.

Fin qui, in fondo, niente di nuovo.

Il Novecento e i primi anni del secolo che lo ha seguito sono un continuo susseguirsi di movimenti politici che trovano la forza per una involuzione del percorso democratico nelle elezioni e un tanto non è impossibile neppure nel nostro paese o nei paesi che ci sono più vicini, come dimostra la più recente storia repubblicana.

Quello che è davvero nuovo, però, è la sfida che i moderni principi digitali pongono alle democrazie, una sfida che riguarda l'essenza stessa del discorso democratico e la forma della democrazia.

I principi digitali si pongono rispetto alla democrazia come avversari formidabili perché sono capaci di un controllo sui cittadini ancora più assoluto di quanto non avvenisse negli Stati di polizia.

Conoscono le tecnologie della biopolitica e sono capaci di biopotere. La loro concezione di popolo è affine a quella di Canetti⁶⁰ perché hanno imparato a trasformare in capitale la scarica attraverso cui si costituisce una massa di individui e sono ancora più sofisticati di un signore rinascimentale.

Le democrazie non sono in grado di contrastarli sul piano economico, dove è dannatamente complesso anche solo immaginare la loro tassazione, e l'unica speranza è la costruzione di un codice che abbia davvero a cuore i diritti individuali di libertà, ma è una speranza assai tenue: i giganti della rete non utilizzano il codice per condurre i loro affari, ma sono quasi sempre proprietari di tecnologie che hanno sviluppato autonomamente e che non sono scalabili.

Sinora i principi digitali e gli Stati hanno parlato lingue diverse perché la sfera politica, al di là dell'incidente di *Cambridge Analytica*, non ha interessato molto gli unicorni, troppo attenti ai loro affari per non essere consapevoli che il mercato della politica non è particolarmente attraente dal punto di vista dei ricavi e, invece, è molto pericoloso.

Non è facile indovinare se l'indifferenza politica dei principi digitali potrà durare ancora a lungo. Ma è facile prevedere che se un principe digitale dovesse applicare la propria tecnologia al mercato del consenso, non sarebbe affatto facile contrastarlo.

Nello stesso tempo, l'ideologia del principe digitale non potrebbe essere distante da quello di cui ha bisogno per ottenere il consenso delle masse e, perciò, sarebbe con grande probabilità una sorta di populismo illuminato, un populismo capace di strizzare l'occhio alle élite, il populismo che avrebbe convinto Croce, se così si può dire.

Qui, forse, il punto dolente di qualsiasi indagine sullo sfaldarsi della democrazia: è sicuramente uno sfaldarsi che può essere letto in termini classici attraverso la decomposizione dei partiti politici e il mutamento sempre più aggressivo dei movimenti populistici, ma è anche uno sfaldarsi che fa riflettere sulle opportunità che apre ai tiranni del biopotere, che hanno dinanzi a sé aperta un'autostrada verso un consenso unanime quanto la quota di mercato di Google sui motori di ricerca o di Facebook nei social media, solo per fare due esempi.

È un'autostrada che la Cina conosce molto bene, perché lì, non a caso, il potere viene esercitato anche attraverso i *social media*⁶¹, come ben insegna il caso *Tencent con WeChat*, ed è massima l'attenzione verso i Principi digitali.

Ma non può essere questo l'esempio da seguire per il recupero della tradizione liberale, ovviamente.

Si può, forse, sperare che l'epidemia alla quale ci stiamo abituando finisca per sviluppare una forte riflessione sul significato delle libertà civili: le limitazioni alla libertà di circolazione, la riflessione sugli obblighi vaccinali, l'attenzione per lo status del malato a basso grado di infettività sono temi

⁶⁰ E. CANETTI, *Massa e potere*, Adelphi, Milano, 1970.

⁶¹ H. GAO, *Data Regulation with Chinese Characteristics*, in Burri, M. (cur.), *Big Data and Global Trade Law* (245-267), Cambridge University Press, Cambridge (MA), 2021, 245. Quanto è accaduto in occasione della IPO di Alibaba non ha bisogno di essere rammentato: la rete, in Cina, è un affare che riguarda da vicino lo Stato perché lo Stato considera strategico questo *asset*.

che avevamo dimenticato e riscoprirli significa tornare alle radici dello Stato liberale, ai tempi in cui la riflessione sulle libertà civili scaldava il cuore dei cittadini.

La cultura delle libertà, infatti, è il grande argine al *democratic backsliding* e il fato, in fondo, sta accompagnando l'erompere del Principe digitale determinato anche dalla decomposizione dei partiti politici con una sete di libertà civili inaspettata e difficilmente ipotizzabile.

In conclusione, dal punto di vista di queste pagine, una riflessione sullo sfaldarsi in senso controdemocratico e persino antidemocratico delle democrazie liberali portato avanti da maggioranze parlamentari fortemente volute dal corpo elettorale non può limitarsi alle dinamiche istituzionali classiche e alla crisi dell'indirizzo politico causata dalla decomposizione dei partiti politici e del loro ruolo di mediazione. Deve guardare alle opportunità che questo scenario offre per coloro che sanno utilizzare la rete e che possono facilmente mettere a punto le loro tecnologie per massimizzare il consenso.

Il biopotere che questi imprenditori hanno sviluppato come scienza concreta attraverso una rivoluzione industriosa⁶² è probabilmente il rischio più grande che le democrazie liberali dovranno affrontare.

Lo è perché il biopotere può innescarsi sulla ideologia, se così la si può definire, populista e costituire nuovi soggetti sociali in cui gli orizzonti assiologici che hanno guidato le grandi mediazioni portate avanti dai partiti politici a partire dalla fine del secondo conflitto mondiale sono sostituiti da pratiche del corpo e mentre sulle ideologie è possibile raggiungere un compromesso sulle pratiche del corpo questo è assai più difficile.

Lo è perché il biopotere può trasformare il popolo in massa e la massa in consenso parlando a ciascun individuo in maniera diversa.

E questa sfida, forse, può essere affrontata solo attraverso una meditata riflessione che sappia rivalizzare le libertà individuali come patrimonio comune e attraverso la valorizzazione delle libertà individuali si sappia appropriare del codice condizionando il linguaggio che il Principe digitale utilizza per l'esercizio del biopotere.

⁶² Sulla idea di rivoluzione industriosa come antesignano della rivoluzione industriale, ovvero sulla idea che la rivoluzione industriale non sia stata la grande soluzione di continuità determinata dall'avvento di una società "moderna" in quanto fondata sul carbone e l'acciaio: J. DE VRIES, *The industrial revolution and the industrious revolution*, in *Journal of Economic History*, 1994, LIV, fasc. 2, 249-270. Le rivoluzioni della rete sono molto simili a rivoluzioni industriali più che a una vera e propria rivoluzione industriale perché la rete, in realtà, non è stata una sola rivoluzione, ma dalla invenzione della mail all'*internet of things*, alla rete dei *Social Media* o allo sfruttamento intensivo dei dati personali attraverso i motori di ricerca vi sono infinite gradazioni, a ciascuna delle quali corrisponde un determinato modello di impresa e l'affermazione di un determinato prodotto, anche come artefatto culturale.

Antonio Ruggeri
Il “dialogo” tra le Corti:
una precisazione di metodo per una nozione apparentemente *bonne à tout faire ****

ABSTRACT: *The essay highlights the suggestiveness but also the ambiguity of the notion of "dialogue between the courts", as well as its compromission due to the use of partial methodological bases. A bug that is found in the jurisprudence of both the Court of the European Union and the Constitutional Court.*

The author therefore underlines the need to distinguish cases of "dialogue" from cases of multiple and mutually non-communicating monologues.

SOMMARIO: 1. Il “dialogo”: una metafora ambigua e allo stesso tempo suggestiva, caricata di innumerevoli sensi, non di rado però viziati in radice dal carattere parziale della prospettiva metodica che sta a base della loro messa a punto e dal conseguente esercizio scorretto da parte delle Corti delle loro funzioni. – 2. Le torsioni ricostruttive ed applicazioni riduttive del principio di cui all’art. 4.2 TUE di cui si ha riscontro nella giurisprudenza eurounitaria e la spinosa questione relativa al riconoscimento dei principi di struttura degli Stati membri da parte della Corte dell’Unione. – 3. La Consulta e i rapporti tra la Costituzione e la Carta di Nizza-Strasburgo, alla luce della teoria dei “controlimiti”: difetti d’impostazione e proposte correttive. – 4. La CEDU, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: le aporie metodico-teoriche di una costruzione difettosa nelle sue basi portanti così come nei piani sulle stesse eretti. – 5. Una succinta notazione finale con riguardo al bisogno di tenere distinti i casi di “dialogo”, nell’accezione ristretta e propria qui accolta, da quelli di plurimi e reciprocamente non comunicanti monologhi.

1. Il “dialogo”: una metafora ambigua e allo stesso tempo suggestiva, caricata di innumerevoli sensi, non di rado però viziati in radice dal carattere parziale della prospettiva metodica che sta a base della loro messa a punto e dal conseguente esercizio scorretto da parte delle Corti delle loro funzioni

La formula – come si sa – è di frequente riscontro negli studi ormai incontenibili per numero e varietà di orientamento dedicati al ruolo giocato dai giudici in genere a tutela dei bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale, in specie dei diritti fondamentali di singoli e gruppi, quale che sia la natura degli operatori di giustizia e i livelli istituzionali ai quali svolgono le loro funzioni, siano perciò essi comuni, costituzionali, europei.

Come sovente accade, poi, è da mettere in conto che ciascuno di coloro che la adoperano se ne sia fatta una personale idea o magari più d’una nel passaggio da un contesto all’altro, in relazione ai peculiari connotati delle singole vicende processuali, un’idea peraltro sovente non esplicitata e, forse, per vero, neppure messa sufficientemente a fuoco, rimasta cioè in buona sostanza nel vago. Se ne ha, insomma, un sovraccarico – a mia opinione, indebito – di significati e valenze del sintagma, sì da risultare sommamente arduo e forse per vero impossibile ricostruirne tutti i significati e farne quindi oggetto di adeguata sistemazione teorica¹.

Nulla di strano è, peraltro, da vedere in tutto ciò; si tratta, anzi, della ennesima conferma di quanto ordinariamente ricorre con riguardo alle metafore trapiantate nel mondo del diritto² che si dimostrano essere tutte – quale più quale meno – sommamente ambigue e persino concettualmente

* Pubblicazione effettuata ai sensi dell’art. 3, comma 14, del regolamento della Rivista.

** Testo rielaborato di un intervento al Seminario su Dialogo tra le Corti e diritto penale. Stato dell’arte e prospettive future, Centro di Diritto Penale Europeo dell’Università di Catania, 10 giugno 2021.

¹ V., al riguardo, le precisazioni ancora non molto tempo addietro fatte da F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?* in Federalismi.it, 18/2019, 2 ottobre 2019, 1 ss.

² Sull’uso che di frequente se ne fa, per tutti, v. A. MORELLI - O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in Rivista AIC, 1/2018, 19 marzo 2018, e, degli stessi, *Metaphors and Judicial Frame in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, forthcoming, 2020. Tutto costruito sulle metafore il volume che ospita gli *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019.

evanescenti e, però, a un tempo, suggestive e persuasive, sì da riscuotere un notevole successo, esercitando una facile presa sull'uditorio cui si rivolgono, pur laddove costituito da persone culturalmente attrezzate per resistervi.

Ad ogni buon conto, anche solo pescando a caso nella ormai sterminata letteratura in cui se ne ha riscontro, risulta ormai provato che la formula in parola non è riservata unicamente ai casi in cui il confronto intergiurisprudenziale sfoci in un esito che veda sostanzialmente allineati su posizioni analoghe, se non pure identiche, i giudici chiamati a pronunciarsi sul medesimo caso. Piuttosto, essa ricorre laddove si abbia tanto la convergenza quanto la divergenza delle posizioni stesse, tant'è che, nella prima evenienza, i commentatori si fanno cura di precisare che il "dialogo" è andato a buon fine o che ha portato frutto, *et similia*, mentre nel caso opposto si rileva che l'auspicato avvicinamento non si è realizzato. Al di là dell'esito, dunque, importa che una "comunicazione" comunque si sia avuta tra i parlanti, per effetto della quale prende forma un flusso di messaggi idonei pur sempre a lasciare un segno, ora più ed ora meno profondo, in chi li riceve, senza che neppure molte volte si abbia piena avvertenza dell'influenza che ciascuna delle parti è in grado di esercitare sull'altra. Eppure, se è vero che il risultato della partita può non essere risolutivo, non è affatto indifferente il modo con cui la "comunicazione" si sia avuta, risultando altrimenti scorretto – a me pare – l'utilizzo della formula in parola.

Mi riprometto qui di argomentare l'idea che sia proprio il percorso compiuto a giustificarla, peraltro – come si vedrà – in casi assai rari. La qual cosa equivale a dire che ha pregio l'impostazione metodica che sorregge le soluzioni di merito di volta in volta adottate, al di là delle convergenze o divergenze da esse disvelate.

L'esperienza maturata nel corso degli studi che ormai da anni vado facendo su temi variamente interessati dalla formula e, in particolare, l'attenzione prestata a talune vicende processuali che hanno fatto animatamente discutere studiosi ed operatori mi portano a dire che per la loro gran parte gli scontri, anche aspri, registratisi tra le Corti, in ispecie quelli che hanno visto su fronti contrapposti i giudici nazionali e i giudici europei, riguardati con un certo distacco e – per quanto possibile – senza alcun preorientamento ideologico o di dottrina, si debbono essenzialmente a due fattori, peraltro – come si vedrà – strettamente connessi tra di loro.

Per un verso, rileva la parzialità della prospettiva metodica adottata che porta ciascun operatore ad appuntare l'attenzione unicamente su alcune delle basi portanti dell'ordinamento o del sistema normativo³ di appartenenza, trascurando stranamente ed indebitamente le altre, malgrado a base di un siffatto (pre)orientamento stia l'intento di salvaguardare al meglio i principi fondanti l'ordinamento stesso⁴. Ad ogni buon conto, si assiste ad uno scorretto esercizio dell'attività di giudizio che, poi, non di rado porta all'effetto di sollecitare altri operatori, con i quali si vorrebbe appunto intessere un franco "dialogo", ad una perversa imitazione. Di modo che, ad una prima torsione metodica fa seguito un'altra, ad essa *quodammodo* speculare, e così via dicendo, con un processo di mutua, perversa ricarica senza fine, dal momento che, muovendo da premesse metodiche viziate, anche i loro ulteriori svolgimenti risentono del condizionamento ricevuto in origine.

³ Il richiamo a quest'ultimo è adesso fatto allo scopo di non tralasciare di far riferimento altresì alle esperienze processuali che maturano presso la Corte di Strasburgo, dal momento che – a stare ad una indicazione presente nelle famose pronunzie "gemelle" sulla CEDU del 2007 – non sarebbe appropriato utilizzare il termine "ordinamento" altresì per la Convenzione. Non torno ora a discutere del punto, altrove preso in considerazione, limitandomi solo a confermare la distanza che separa l'ordine teorico-ricostruttivo nel quale mi riconosco da quello fatto proprio dalla Consulta nelle pronunzie suddette e nelle altre in seguito adottate. Anche per questa ragione, dunque, oltre che al fine di evitare inutili appesantimenti nel linguaggio, d'ora innanzi userò unicamente il termine "ordinamento", considerandolo implicitamente valevole anche in relazione al sistema convenzionale, al quale nondimeno riserverò unicamente qualche cenno, premendomi maggiormente fermare l'attenzione sul versante dei rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte dell'Unione, emblematicamente espressivi delle torsioni metodiche delle quali qui si viene dicendo.

⁴ Se ne tratta, ora, nel mio [Il gioco a Carte delle Corti](#), in questa [Rivista](#), 2021/II, 440 ss., dal quale, se si vuole, possono aversi maggiori ragguagli sul punto di cruciale rilievo.

Per un altro verso, poi, non sono di raro riscontro – al di là delle rassicuranti dichiarazioni volte ad alimentare il “dialogo” tra gli attori istituzionali – atteggiamenti connotati da irrigidimento di posizioni e sostanziale indisponibilità di questo o quell’operatore (o, magari, appunto, di entrambi...) a farsi carico davvero e fino in fondo delle ragioni dell’altro, per quanto per vero ciò si registri – a me pare – in minor misura quanto alle Corti europee rispetto alla Corte costituzionale⁵.

Il vizio è, insomma, quello del solipsismo culturale, ciascun operatore rinchiudendosi a riccio dentro il mondo delle proprie incrollabili certezze teoriche, frutto però – come si è accennato e si vedrà meglio più avanti – di una visione deformata dell’ordinamento di appartenenza e, a un tempo, del proprio ruolo nel sistema. Quando, poi, da una parte e dall’altra si fanno alcuni passi per venirsi incontro, non poche volte resta non colmato un tratto considerevole di strada. In siffatte circostanze, a prima impressione parrebbe che un “dialogo” si sia avuto e che abbia portato qualche frutto⁶; solo che, scavando a fondo nella sua struttura portante ed evidenziandone appunto l’ispirazione metodica, ci si avvede che l’intelaiatura argomentativa è pur sempre viziata da quella parzialità di prospettiva di cui un momento fa si diceva e si dirà in modo più esplicito a momenti.

2. Le torsioni ricostruttive ed applicazioni riduttive del principio di cui all’art. 4.2 TUE di cui si ha riscontro nella giurisprudenza eurounitaria e la spinosa questione relativa al riconoscimento dei principi di struttura degli Stati membri da parte della Corte dell’Unione.

Numerose vicende processuali possono essere richiamate a riprova di quest’assunto, rivelatore di un *animus* di cui si fanno non poche volte portatori i giudici, al di là della veste istituzionale indossata e della funzione esercitata: un *animus* rivelatore di una sorta di *nazionalismo esasperato* che, tuttavia, porta fatalmente all’esito della torsione ricostruttiva delle stesse basi portanti dell’ordinamento di appartenenza, di cui pure ciascun operatore ritiene di farsi scrupoloso interprete e garante. Il terreno sul quale si ha riscontro, con maggiore evidenza e gravità di effetti, di questa tendenza è quello su cui maturano le esperienze riguardanti i diritti fondamentali, laddove non poche sono state le vicende processuali in occasione del cui svolgimento si è avuta una rappresentazione complessivamente alterata sia delle Carte nelle quali è il riconoscimento dei diritti stessi sia del ruolo degli stessi giudici che ne danno l’interpretazione e, per ciò pure, del “dialogo” che tra essi si intrattiene.

Particolarmente indicativo, a conferma di quanto si viene dicendo, è il modo con cui la Corte dell’Unione intende e fa valere il rispetto del diritto eurounitario in genere e, in specie, della Carta di Nizza-Strasburgo, posto a raffronto con il modo con cui la Corte costituzionale si pone nei riguardi della Costituzione⁷. Ed è interessante notare che, in un caso e nell’altro, prende forma – come si diceva – una rappresentazione parziale dei documenti normativi in parola, dal momento che vengono proiettati in primo piano sulla scena alcuni principi fondamentali di ciascun ordinamento e lasciati invece indebitamente nell’ombra altri, che poi – non per mero accidente – sono proprio quelli che sollecitano gli ordinamenti stessi ad aprirsi l’uno all’altro ed a rendersi pertanto

⁵ ... secondo quanto è avvalorato, con riferimento alla Corte di Strasburgo dal frequente ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento, su cui si tornerà a breve, e, quanto alla Corte dell’Unione, dallo sforzo prodotto in più occasioni di tener conto delle ragioni addotte dai tribunali nazionali (per tutti, v. il mutamento di rotta tenuto in *Taricco*, di cui si dirà a momenti; ma v. anche, a riprova della rigidità di posizione tenuta in altre occasioni, l’orientamento manifestato, ad es., in *Melloni*, dovuto al bisogno di far valere fino in fondo il principio del primato, secondo quanto si preciserà meglio a momenti).

⁶ Così, per fare ora solo un esempio, è stato per *Taricco*; solo che il finale di partita avutosi presso la Consulta evidenzia con chiarezza quella distanza marcata di posizioni cui si è appena accennato, al di là dello sforzo indubbiamente prodotto per accorciarla.

⁷ Sulla centralità di ruolo svolto dalla Corte dell’Unione nel processo d’integrazione sovranazionale utili indicazioni possono aversi da L. PIERDOMINICI, *The Mimetic Evolution of the Court of Justice of the EU. A Comparative Law Perspective*, Palgrave Macmillan, Cham 2020.

disponibili ad accogliere presso di sé quanto di meglio può venire *ab extra*, in vista dell'ottimale appagamento, alle condizioni oggettive date, dei diritti evocati in campo dal caso.

Si consideri, ad es., il modo con cui a Lussemburgo è comunemente inteso e fatto valere il disposto di cui all'art. 4.2 TUE che – come si sa – impegna l'Unione a mantenersi rispettosa dei principi di struttura di ciascuno degli Stati che la compongono, e non soltanto delle c.d. tradizioni costituzionali comuni a tutti⁸.

Non riprendo ora le antiche e vessate questioni che specificamente hanno riguardato queste ultime⁹, le quali – è ormai provato – non sono ciò che l'etichetta che le designa lascia intendere, ove si convenga a riguardo del ruolo culturale trainante esercitato da alcuni ordinamenti nazionali quali bacini elettivi da cui la giurisprudenza (comunitaria prima ed ora) eurounitaria ha attinto e seguita

⁸ Il disposto è stato – come si sa – fatto oggetto di una messe copiosa di studi di vario orientamento. Solo per talune prime indicazioni, v., dunque, G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e, dello stesso, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 333 ss.; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss., e, dello stesso, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. soc.*, 4/2019, 691 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l'interpretazione dell'“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss.; AA.VV., *Oxford Principles of European Union Law, I, The European Union Legal Order*, a cura di R. Schütze e T. Tridimas, OUP, Oxford 2018, ed *ivi*, part., B. GUASTAFERRO, *Sincere Cooperation and Respect for National Identities*, 350 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in Federalismi.it, 20/2018, 24 ottobre 2018, spec. §§ 5 e 6; F.-X. MILLET, *Plaider l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 831 ss.; v., inoltre, i contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna - C. Fasone - G. Piccirilli, in *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018, 205 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, ESI, Napoli 2018, spec. 82 ss. e 163 ss.; C. PANZERA, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della “doppia fedeltà”. L'esperienza italiana*, in *Rev. gen. der. cost.*, 29/2019; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2019, 338 ss., e, della stessa, *Unità nella diversità o diversità nella unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in Rivista AIC, 2/2019, 9 giugno 2019. Infine, T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in Europe: the Identity of the Constitution. A Regional Approach*, in *German Law Journal*, 21/2020, 105 ss.

⁹ ... esse pure – com'è noto – ampiamente prese in esame da molti studiosi, tra i quali 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; O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero la incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo 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.; 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 Rivista, 2018/II, 7 maggio 2018, 347 ss.; G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controllimiti (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.; F. DE STEFANO, *Diritto dell'Unione europea e tradizioni costituzionali nel dialogo tra le Corti (parte prima)*, in Giustizia Insieme, 26 maggio 2020; G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e comparazione: una riflessione*, in Rivista AIC, 4/2020, 26 ottobre 2020, 296 ss., spec. 305 ss. Da una prospettiva di più ampio respiro, sulle tradizioni giuridiche, v., ora, l'accurato studio di L. MEZZETTI, *Tradizioni giuridiche e fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 2020.

senza sosta ad attingere i materiali che, opportunamente rielaborati in modo originale ed adattati alle peculiari esigenze dell'ordinamento sovranazionale, sono quindi messi a frutto dei diritti riconosciuti in ambito europeo.

Mi preme, piuttosto, mettere qui in chiaro solo un paio di punti, di specifico interesse ai fini della ricostruzione che si fa ora facendo.

Il primo è che il disposto sopra richiamato non va inteso, così come per vero nessuno – che io sappia – ha mai inteso, nel senso che gli organi dell'Unione, prima di far luogo alla produzione di atti normativi idonei a spiegare vincoli di varia intensità in ambito interno, dovrebbero farsi carico della individuazione dei principi di struttura di ciascun ordinamento nazionale e trattenerli, dunque, dall'adottare atti suscettibili di inciderli. Così, invece, è (o, meglio, *dovrebbe* essere) in relazione alle tradizioni suddette che, una volta riconosciute nella loro complessiva conformazione e messe a punto dalla giurisprudenza sovranazionale, entrano a comporre le basi portanti dell'edificio eurounitario, per ciò stesso ponendosi a limite della produzione giuridica dell'Unione, prima ancora che a parametro dei giudizi posti in essere dalla Corte di giustizia.

Il disposto di cui all'art. 4.2, di contro, entra in campo successivamente alla produzione stessa, circoscrivendo l'ambito spaziale di efficacia degli atti sovranazionali, vale a dire abilitando lo Stato che si consideri menomato in uno o più dei principi fondamentali dell'ordinamento di appartenenza ad attivarsi affinché in quest'ultimo gli atti stessi non spieghino effetti. La qual cosa può fare, in primo luogo, rivolgendosi alla Corte dell'Unione perché accerti la violazione del principio fondamentale di “copertura” sopra richiamato “*nella parte in cui...*” l'atto che se ne renda responsabile assuma di poter valere anche per lo Stato ricorrente. Se ne avrebbe, dunque, in caso di verdetto favorevole emesso dal giudice dell'Unione, un annullamento con effetti relativi, che in buona sostanza equivale ad una “disapplicazione” valevole solo per lo Stato in questione e non pure per altri.

Al di là dei rimedi esperibili sul fronte sovranazionale (e non alternativamente rispetto ad essi), lo Stato potrebbe poi attivarsi presso gli organi giurisdizionali nazionali allo scopo di opporre all'ingresso dell'atto lesivo l'arma dei “controlimiti”; ed è appena il caso qui di rammentare che la stessa potrebbe essere azionata anche nei riguardi della pronuncia della Corte di giustizia che, a giudizio dello Stato, abbia indebitamente trascurato di apprestare la necessaria tutela ai principi di diritto interno, col fatto stesso di non far valere a modo l'art. 4.2 che vi dà “copertura”¹⁰.

Tutto ciò posto secondo modello, va tuttavia rilevato che nella pratica le cose non stanno affatto così come sono qui succintamente rappresentate. E, invero, la Corte dell'Unione non riesce a dissimulare il proprio disagio a riconoscere in capo al principio di cui all'art. 4.2 il medesimo rango fondante che è proprio dei principi restanti che stanno a base della costruzione eurounitaria, sì da meritare uguale rispetto a quello dovuto agli altri¹¹, con la non secondaria avvertenza che esso

¹⁰ Non è chi non veda la stranezza della situazione che verrebbe a determinarsi per l'ipotesi ora affacciata. Da un canto, infatti, un soggetto che reputi essersi consumata una lesione da parte di un atto sovranazionale di un principio di base dell'ordinamento di appartenenza si rivolge al giudice per avere giustizia, in applicazione delle regole del gioco vevoli nell'ordinamento eurounitario. Da un altro canto, però, se non la ottiene, può pur sempre portarsi fuori dell'ordinamento stesso al fine di vedere comunque appagata la propria istanza. Sarebbe come – per fare un esempio di fantasia – se una squadra di calcio rimasta sconfitta dopo un'accesa partita, non rassegnandosi, successivamente contestasse l'arbitraggio, giudicato non neutrale, chiedendo ad un altro arbitro di cambiare il risultato. Il punto è, però, che nel fatto stesso di adire la Corte di giustizia è (o, meglio, *dovrebbe* essere) implicita l'accettazione delle regole del gioco e il riconoscimento della idoneità dell'arbitro a svolgere il compito assegnatogli. Come si è fatto notare nel testo, non è invece così, per quanto – come subito si dirà – l'arbitraggio svolto in campo sovranazionale non sia sempre del tutto scevro di un preorientato *favor* per l'Unione.

¹¹ In un certo senso rovesciata rispetto a questa è la prospettiva adottata dalla Corte di Strasburgo ogni qual volta si rimette al margine di apprezzamento dello Stato, rinunciando a far valere in tutto il loro potenziale prescrittivo le norme convenzionali.

Il margine in parola può, invero, essere visto, così come lo è stato (e seguita ad esserlo), in molti modi, specie a fronte delle non poche oscillazioni registratesi nella giurisprudenza convenzionale in cui se ne fa utilizzo; sta di fatto, però, che darvi spazio equivale a far prevalere le ragioni della politica su quelle del diritto convenzionale, con il conseguente sacrificio delle aspettative di tutela dei diritti. Per riferimenti ed indicazioni a riguardo delle molteplici

richiede di essere inteso e fatto valere alla luce della *Grundnorm* di cui all'art. 2 TUE, segnatamente nella parte in cui dà voce al valore dello Stato di diritto nel suo fare “sistema” con i valori restanti nei quali l'Unione si riconosce e che condivide con gli Stati che la compongono¹².

La disattenzione manifestata nei riguardi del principio di cui all'art. 4.2 ha, nondimeno, una pronta spiegazione alla luce del canone fondamentale del primato del diritto sovranazionale nei riguardi del diritto interno che, al fine di potersi spiegare in tutta la sua portata, richiede uniformità di applicazione delle norme dell'Unione in tutti i territori di cui quest'ultima si compone. Non si dimentichi che nel primato si riassume ed emblematicamente esprime l'essenza stessa della costituzione materiale dell'ordinamento eurounitario¹³; l'idea, perciò, che esso possa affermarsi *sub condicione* ed a macchia di leopardo o – per dirla con il Poeta, nell'*incipit* del Paradiso – “in una parte più e meno altrove” è fuori dell'orizzonte culturale degli operatori sovranazionali, in ispecie appunto del massimo garante della legalità eurounitaria.

È perciò che il principio di cui all'art. 4.2 non partecipa – come, invece, dovrebbe essere – ad armi pari alle operazioni di bilanciamento con i principi restanti ma viene tendenzialmente confinato in un cono d'ombra, incapace di farsi valere in tutta la sua formidabile portata allo stesso modo dei principi restanti. Si annida, nondimeno, in quest'assetto una irrisolta ambiguità, dal momento che il riferimento ai principi di struttura degli ordinamenti degli Stati-membri parrebbe naturalmente rimandare, in buona sostanza, alla giurisprudenza nazionale, quale “luogo” espressivo per antonomasia del “diritto vivente”, al fine del loro riconoscimento e della messa a punto per le complessive esigenze delle singole vicende processuali. Non si trascuri, infatti, che uno stesso principio può caricarsi di inusuali significati a seconda dei casi; e, perciò, si rende necessario ogni volta stabilire quale sia quello giusto ed adatto alle vicende stesse nelle quali richieda di essere applicato.

La Corte dell'Unione, insomma, non può (o, meglio, non *potrebbe*...) pronunziarsi sulla supposta lesione dell'art. 4.2 se non dopo aver attinto dalla cultura giuridica dello Stato (con una speciale considerazione per la giurisprudenza nazionale) le opportune indicazioni.

espressioni di cui si ha riscontro del margine suddetto, nella ormai amplissima letteratura, v., almeno, F. DONATI - P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea - A. Spadaro - L. Ventura, Giappichelli, Torino 2003, 65 ss.; O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), § 2.7; J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3/2014, 787 ss.; A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, 167 ss.

¹² Ad onor del vero, non con tutti, secondo quanto insegna il processo involutivo in atto in Ungheria e Polonia e che, purtroppo, almeno in parte va diffondendosi anche altrove (in ispecie, a Malta). Su queste vicende, fatte oggetto – come si sa – di una messe copiosa di commenti di vario segno, per alcune prime indicazioni v. i contributi che sono nel fasc. 3/2020 di [DPCE on line](#), 16 ottobre 2020, ed *ivi*, part., G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia: punte avanzate sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, 16 ottobre 2020, 3999 ss., nonché, nella stessa *Rivista*, 2/2021, 9 luglio 2021, A. SPADARO, *Integrazione europea e costituzionalismo globale*, 2431 ss., spec. 2438 ss. Utili indicazioni anche in A. FESTA, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, spec. capp. III e IV.

¹³ Così, tra gli altri, V. PICCONE, *La primauté nell'Unione allargata*, in AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti - V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 3 ss.; v., peraltro, l'emblematica testimonianza che, nella stessa opera, ne ha dato il Presidente della Corte dell'Unione K. LENAERTS, *L'eredità del procedimento* Costa v. Enel, 15 ss.

Si pone, però, a questo riguardo un duplice problema.

Per un verso, è da chiedersi quale possa ovvero debba essere il naturale punto di riferimento per il giudice sovranazionale, dal momento che la giurisprudenza è formula ellittica, una sorta di “contenitore” entro il quale si immettono materiali dalla varia provenienza e fattura. È pur vero, tuttavia, che ad alcuni giudici (e, segnatamente, a quelli costituzionali) è riconosciuto un credito maggiore di quello assegnato ad altri. In realtà, il punto più fermo dal quale la pronuncia della Corte dell’Unione può stabilmente tenersi dovrebbe esser dato – come si diceva – dal “diritto vivente”, vale a dire da un orientamento chiaramente delineato e consolidato, tanto più laddove su di esso si registri una sostanziale consonanza d’indirizzo dei giudici comuni e della Corte costituzionale resa palese dal formarsi di una vera e propria *consuetudine culturale* di riconoscimento dei principi di diritto interno di cui si abbia sistematico riscontro nelle aule in cui si amministra giustizia. E, tuttavia, non è detto che una consuetudine siffatta vi sia o vi sia ancora e, soprattutto, non è chiaro come aversene un sicuro riscontro. Ed allora occorre chiedersi se possa riconoscersi in capo ad un operatore estraneo all’ambiente culturale di riferimento, qual è la Corte dell’Unione, una sorta di potere d’interpretazione autentica della consuetudine in parola.

Per un altro verso, poi, fa difetto un meccanismo di supporto del giudice sovranazionale in una siffatta, delicata e complessa opera di riscontro, uno strumento insomma di “dialogo” discendente, speculare a quello ascendente che prende forma per il tramite del rinvio pregiudiziale. Uno strumento, dunque, che non c’è e che, in via di mera ipotesi, comunque non si saprebbe come dovrebbe esser fatto, in ispecie a quale autorità nazionale il giudice dell’Unione dovrebbe chiedere lumi in ordine ad una questione così spinosa e gravida di implicazioni istituzionali di particolare rilievo.

Ad ogni buon conto, quella in parola è una lacuna solo apparente o, se si preferisce altrimenti dire, un difetto strutturale scientemente voluto, al fine di non porre intralcio alcuno alla penetrazione del diritto sovranazionale nei territori degli Stati, al suo primato sul diritto interno insomma. Si è infatti voluto far sì che la Corte dell’Unione possa pur sempre avere le mani libere e sia perciò messa in grado di esercitare nel modo più efficace il *munus* assegnatole a presidio del diritto sovranazionale.

Sia chiaro: non si può chiedere a nessuno di rinnegare la propria identità e vocazione. Le interpretazioni dell’art. 4.2 affermatesi a Lussemburgo risentono, dunque, di un naturale preorientamento di scopo o di valore; e sarebbe perciò ingenuo immaginare che possa essere diversamente, pretendendo che la Corte eserciti davvero un ruolo in tutto neutro o *stricto sensu* arbitrale nelle controversie che vedano schierati su fronti contrapposti l’Unione e lo Stato.

Discorso diverso è quello che riguarda le forme di attuazione del diritto sovranazionale in ambito interno. Qui davvero si rende possibile recuperare l’originario significato del disposto in parola, dandovi modo di farsi valere con pieno vigore. Dal punto di vista del diritto dell’Unione (e della Corte che ne è la prima e privilegiata interprete e garante), è indifferente che al diritto stesso l’attuazione in ambito interno sia data da questa o quella sede istituzionale, al centro come in periferia, purché ovviamente si abbia a modo. L’esplicito riferimento contenuto nell’art. 4.2 al “sistema delle autonomie locali e regionali”¹⁴ spiana, dunque, la via alla salvaguardia delle sfere di competenze proprie degli enti territoriali minori; e, d’altronde, anche in mancanza dell’inciso in parola, ugualmente le sfere suddette avrebbero potuto (e dovuto) essere fatte salve, in quanto provviste della “copertura” del principio fondamentale di cui all’art. 5 Cost.

Quanto, poi, alla salvaguardia dell’autonomia in fase ascendente del processo decisionale sovranazionale, cui poi – come si sa – è da assegnare ancora maggior rilievo rispetto al ruolo svolto in fase discendente, all’Unione nulla importa del modo o dei modi in cui prende forma il processo suddetto nei suoi svolgimenti in ambito interno, dei quali perciò si disinteressa. Per questo verso, dunque, non si pone alcun problema in merito alla osservanza dell’art. 4.2 da parte del diritto sovranazionale.

¹⁴ ... sul cui significato, v., spec., M. TOMASI, *Autonomie regionali e identità costituzionale degli Stati membri nell’orizzonte europeo*, in Federalismi.it, 5/2020, 4 marzo 2020, 231 ss., spec. 286 ss.

Ad ogni buon conto, senza ovviamente nulla togliere al significato del riferimento al sistema delle autonomie contenuto nel disposto in esame, non è tuttavia in esso la parte di quest'ultimo maggiormente carica di valenze e gravida di implicazioni istituzionali. Ben altri sono, infatti, i punti di tensione e di potenziale conflitto interordinamentale; ed è con riguardo ad essi che – per ciò che è qui di specifico interesse – può rendersi palese quella prospettiva parziale e, a conti fatti, distorsiva che traspare del complessivo indirizzo della giurisprudenza sovranazionale. Un esito, questo, peraltro prevedibile, dal momento che il principio di cui all'art. 4.2 si pone quale una sorta di elemento spurio immesso nel corpo dell'Unione, suscettibile di condizionare in modo astrattamente imprevedibile il *Grundwert* del primato del diritto sovranazionale nelle sue proiezioni in ambito interno.

3. La Consulta e i rapporti tra la Costituzione e la Carta di Nizza-Strasburgo, alla luce della teoria dei “controlimiti”: difetti d'impostazione e proposte correttive

Speculare all'immagine che la Corte dell'Unione ci consegna di sé è quella che traspare dall'orientamento della Corte costituzionale in tema di rapporti interordinamentali, specificamente in relazione ad alcuni loro profili di cruciale rilievo¹⁵.

Si torni in primo luogo a riflettere, ancora una volta, sulla nota teoria dei “controlimiti” di cui ormai da tempo la Consulta si fa interprete e garante¹⁶. Una teoria che porta all'effetto di subordinare *per sistema* ai principi fondamentali restanti un altro principio fondamentale, quello della pace e della giustizia tra le nazioni, che per dottrina e giurisprudenza correnti dà – come si sa – “copertura” al diritto sovranazionale, dandovi modo di spiegare il proprio primato in ambito interno. Stranamente, però, non ci si avvede del fatto che, malgrado il *vulnus* recato ad un principio fondamentale, la norma dell'Unione potrebbe disporsi in funzione servente nei riguardi di altri principi fondamentali, dandovi la *prima, diretta ed immediata* specificazione-attuazione e, perciò, offrendo loro un servizio ancora più efficace di quello che si avrebbe senza di essa. Come sempre, insomma, è la “logica” del bilanciamento a presiedere alla mobile composizione dei valori fondamentali positivizzati. E, invero, fatico a comprendere (o, ad esser franco, non comprendo affatto) perché mai la “logica” in parola, familiare – come si sa – alle esperienze di diritto interno, non possa (e debba) altresì valere al piano delle relazioni interordinamentali. A mia opinione, si tratta, dunque, di stabilire caso per caso quale sia il punto più elevato di sintesi tra i valori in campo, se quello che dà modo alla norma sovranazionale di spiegare effetti in ambito interno, ponendosi in svolgimento di alcuni principi fondamentali malgrado la lesione recata ad altri, ovvero l'altro che non consente alla stessa di produrli, attraverso il noto meccanismo della caducazione della legge di esecuzione “*nella parte in cui...*”.

Dispongo al riguardo di una sola certezza: che non può – a me pare – darsi accoglienza né alla soluzione del primato incondizionato del diritto sovranazionale – come, invece, si vorrebbe da parte dell'Unione – e neppure, però, all'altra, opposta, del carattere recessivo del diritto stesso, in nome appunto di una malintesa accezione della teoria dei “controlimiti”, portata ad esasperate e radicali affermazioni, si da portare ad un sostanziale “declino” del primato stesso, come – forse, con toni

¹⁵ Per un quadro di sintesi, da una prospettiva e con esiti ricostruttivi diversi da quelli qui rappresentati, v. A.-O. COZZI, *Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte Costituzionale a confronto*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2/2020, 25 maggio 2020, 448 ss.

¹⁶ Uno studio scrupoloso della vessata nozione, accompagnato da una originale proposta ricostruttiva di particolare interesse, è in S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; v., inoltre, utilmente, A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo*, in [Federalismi.it](#), 1/2021, 13 gennaio 2021, 85 ss. Riferimenti ed indicazioni in prospettiva comparata possono, di recente, vedersi in M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia “militante” all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1/2021, spec. 105 ss.

eccessivi – si è paventato da un'accreditata dottrina, alla luce di alcuni recenti casi giudiziari¹⁷. Di contro, come si è venuti dicendo, è tutto da vedere di volta in volta, restando ad ogni buon conto la partita aperta ad ogni suo possibile esito, per il modo con cui si combinano i valori in gioco per le peculiari esigenze di ciascun caso. Insomma, non basta la pur acclarata incompatibilità tra una norma sovranazionale ed un principio fondamentale di diritto interno per impedire alla prima di immettersi in ambito nazionale e di spiegare effetti; occorre, piuttosto, soppesare i benefici con i costi discendenti dall'ingresso della norma stessa e solo all'esito di un siffatto bilanciamento potrà decidersi la sorte della norma in parola.

Il vero è che, a base dell'idea corrente dei “controlimiti”, sta una non celata propensione del giudice costituzionale e di quanti si sono docilmente disposti sulla sua scia a rinvenire nella Costituzione (e, segnatamente, nella sua parte più qualificante ed espressiva, i principi fondamentali) la sola fonte idonea a disporsi in sovrana solitudine al vertice del sistema delle relazioni interordinamentali.

Indice eloquente di quest'orientamento (anzi, preorientamento) è dato proprio dalla teoria suddetta che si spiega nell'assunto che la nostra Carta non tema *mai* il confronto con le altre, che sia compiuta ed autosufficiente, perfetta in sé e per sé, non dandosi alcuna lacuna (in ispecie, per ciò che concerne il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali) bisognosa di essere colmata attingendo alle altre Carte¹⁸. Emblematica, al riguardo, una indicazione data da una risalente

¹⁷ M.P. CHITI, *Il declino del primato del diritto dell'Unione europea nella recente giurisprudenza tedesca e francese*, in [Astrid](#), 9/2021, 24 maggio 2021.

¹⁸ Le lacune invece – come si è tentato di mostrare altrove [nel mio *Lacune costituzionali*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 18 aprile 2016] – si danno e non sono poche, come l'esperienza ha peraltro ripetutamente confermato; non a caso, d'altronde, la stessa Carta predispone allo scopo lo strumento della revisione costituzionale, utilizzabile – è appena il caso qui di rammentare – non soltanto allo scopo di innovare a disposti preesistenti ma anche a quello della loro integrazione. Il vero è che, mentre ciò non è confutato da alcuno in relazione alla parte organizzativa della Carta, erroneamente si pensa da parte di molti che questo bisogno non sussista per la parte sostantiva e men che mai per i principi fondamentali. Eppure, è un fatto che si abbiano oggi, così come si sono avute in passato, non poche proposte di legge costituzionale volte a riscrivere variamente gli stessi enunciati dei primi dodici articoli della Costituzione, senza che nondimeno, per l'una o l'altra ragione, se ne sia fatto nulla. È poi chiaro che le modifiche ai principi possono aversi unicamente a finalità espansiva e preservando ad ogni buon conto la continuità rispetto al loro originario significato (dei limiti alla revisione costituzionale si è, non molto tempo addietro, nuovamente discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa su *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Catanzaro 8-9 giugno 2018, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019).

Ora, convengo che non è affatto semplice e privo di insidie un siffatto riscontro. Ogni medaglia ha, però, il suo rovescio; e non pochi né lievi rischi si corrono a lasciare così com'è la parte sostantiva della Carta e, prima ancora, la tavola dei principi, consegnata alla generazione presente ed a quelle future al pari delle tavole mosaiche, immutabile *usque ad aeternitatem*: sopra ogni altro, il rischio è che le innovazioni poi si abbiano ma non per la via diritta segnata dall'art. 138 bensì per quella traversa delle modifiche tacite, a mezzo di interpretazioni... *sananti*, così come non di rado si è avuto (e si ha) ad opera sia dei decisori politici e sia pure dei garanti, a partire dal giudice costituzionale.

Il vero è che – come si è avuto modo in altri luoghi di segnalare – la pur formidabile elasticità strutturale degli enunciati della Carta (in ispecie, come si sa, proprio di quelli sostantivi e, più ancora, di quelli espressivi di principi) va incontro pur sempre a limiti suoi propri, superati i quali l'elastico costituzionale fatalmente si spezza, senza che però – a differenza di ciò che si ha nel mondo fisico – se ne abbia qui molte volte piena avvertenza. Ed è sufficiente anche solo un sommario e rapido sguardo dato, rispettivamente, alle innovazioni apportate alla Carta alla luce del sole ed a quelle invece avutesi per via sotterranea per avvedersi subito di quale sia il *trend* nettamente dominante. Quali, poi, ne siano le cause è questione assai complessa, che rimanda ad altre questioni riguardanti il sistema politico-istituzionale e le sue più salienti dinamiche, di tutta evidenza esorbitante i confini dello studio che si va ora facendo [indicazioni al riguardo possono aversi da M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull'esperienza italiana*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 231 ss.; pure *ivi*, può vedersi, se si vuole, il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 415 ss., nonché in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2018, 20 giugno 2018. Inoltre, S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss., e i contributi che sono in AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, e, della stessa, ora, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in [Rivista del Gruppo di](#)

pronuncia, la 388 del 1999¹⁹, nella quale, per un verso, si rileva che le Carte dei diritti “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*” e, però, per un altro verso, si tiene a precisare che in nessun caso la nostra Carta offre ai diritti fondamentali una tutela meno intensa di quella che è ad essi data da altre Carte. Un pensiero – come si vede – internamente lacerato e sofferto, che nondimeno esibisce tracce marcate di un *sovranismo costituzionale* a dir poco ingenuo e radicale, malgrado il primo frammento ora fedelmente riprodotto evochi, per vero, uno scenario caratterizzato dal paritario confronto tra le Carte, tutte riconosciute idonee a darsi reciproco alimento semantico e sostegno, particolarmente apprezzabile nelle più complesse e spinose vicende processuali.

D’altro canto, non si capisce come possa conciliarsi con la teoria dei “controlimiti” il riconoscimento della natura materialmente costituzionale della Carta di Nizza-Strasburgo (e, per logica conseguenza – a me pare – di ogni Carta dei diritti), quale si è avuto ad opera della discussa (e discutibile) [sent. n. 269 del 2017](#)²⁰, tanto più poi se si considera che la stessa Carta dell’Unione richiede – come si sa – di essere intesa e fatta valere alla luce di quanto dispone la CEDU, che invece è considerata (dalle sentenze “gemelle” del 2007 in poi) quale fonte meramente “subcostituzionale”, salva ad ogni buon conto la eventualità che l’una Carta si dimostri idonea a portare ad una più elevata tutela dei diritti rispetto a quella discendente dalla Convenzione²¹.

È però da chiedersi quale pratico senso possa mai avere l’immagine piramidale consegnataci dalla Consulta al piano della teoria delle fonti, segnata nella parte in cui assegna un rango

[Pisa](#), 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss. Infine, utili spunti a finalità teorico-ricostruttiva, in prospettiva economica, sono ora offerti da L. RAMPA, *Rigidità e flessibilità delle Costituzioni alla luce della teoria dei contratti incompleti*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1/2021, 185 ss.].

¹⁹ ... cui si richiama ora anche [Corte cost. sent. n. 84 del 2021](#).

²⁰ Di questa pronuncia non si torna ora a dire dopo che se n’è detto in un numero ormai incontenibile di scritti. Mi limito solo a rilevare che, battendo per prima (e – dopo le precisazioni avutesi da alcune pronunzie del 2019 – preferibilmente) la via del sindacato della Consulta, verrebbe ad essere messo da canto il meccanismo dell’applicazione diretta della norma della Carta dell’Unione, nonché (dopo [Corte cost. sent. n. 20 del 2019](#)) di norme di diritto derivato ad essa “connesse”, che è l’arma più potente di cui l’ordinamento eurounitario dispone per portare ad effetto il proprio primato sul diritto interno. È pur vero, tuttavia, che la rimozione con effetti *erga omnes* delle norme nazionali incompatibili con quelle dell’Unione, quale consegue alle pronunzie ablativo del giudice delle leggi, resta pur sempre una garanzia cui il primato suddetto non può rinunciare a cuor leggero. È in considerazione di ciò che si è affacciata in altri luoghi [tra i quali, di recente, *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l’uso*, in [Federalismi.it](#), 6/2021, 24 febbraio 2021, 211 ss.; v., inoltre, utilmente, M. LOSANA, *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2/2020, 305 ss.; cfr., con diverso orientamento complessivo, G. CAMPANELLI - A. LO CALZO, *La Corte e i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2020, 328 ss.; A.-O. COZZI, *Sindacato accentratore di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent’anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 3/2020, 659 ss.; F. DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in [Federalismi.it](#), 3/2021, 27 gennaio 2021, 1 ss.; G. REPETTO, *Dell’utilità per la Corte di giustizia della priorità dell’incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all’irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19, DB c. Consob)*, in [Giustizia Insieme](#), 6 aprile 2021, e S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento*, in [Eurojus](#), 17 maggio 2021] la proposta di dare la precedenza all’interpello del giudice dell’Unione, se non altro al fine di avere lumi in merito al retto significato del disposto normativo sospetto di essere violato e, perciò, di acquisire la certezza che ricorra davvero un caso di “doppia pregiudizialità”. Qualora, poi, da Lussemburgo dovesse venire un’indicazione che avvalorasse la sussistenza dell’antinomia tra la norma sovranazionale e quella interna (e salvo il caso che il giudice sospetti il superamento dei “controlimiti”, che obbligherebbe all’immediato ricorso alla Consulta avverso la norma eurounitaria), la soluzione ottimale – a mio modo di vedere – sarebbe quella del cumulo dei rimedi, facendosi seguire alla previa “non applicazione” della norma interna, accompagnata dall’applicazione della norma sovranazionale, la sottoposizione della prima al sindacato della Corte. Solo che questa soluzione, comportando il superamento del canone della rilevanza, richiede una esplicita riforma delle regole relative all’apertura dei giudizi di costituzionalità, quale può aversi unicamente con legge. Al presente (e nella prospettiva che possa accordarsi – come sollecitato dalla Consulta – la precedenza alla pregiudizialità costituzionale), non resta, dunque, che auspicare la sollecita trattazione delle questioni portate alla cognizione della Consulta stessa, sì da ridurre finché possibile lo scarto temporale che pur sempre residua tra la mancanza della immediata “non applicazione” della norma interna e quella che comunque si avrà per effetto del suo annullamento.

²¹ Sul modo con cui questa eccezione è concretamente fatta valere, v., almeno, S. NINATTI, *La concorrenza fra Carte vista da Lussemburgo. All’ombra del processo di adesione*, in *Quad. cost.*, 4/2020, 873 ss.

superiore alla Costituzione (e, segnatamente, ai suoi principi fondamentali)²² rispetto alla Carta dell'Unione e, quindi, a questa in rapporto alla CEDU, quando poi l'immagine stessa è ripudiata nel passaggio al piano della teoria della interpretazione, al quale ogni Carta si offre alle restanti al fine della rigenerazione semantica di ciascuna di esse e di tutte assieme, in vista del conseguimento dell'obiettivo della massimizzazione della tutela dei diritti evocati in campo dal caso²³.

Il vero è che le aporie di costruzione rese palesi dal complessivo indirizzo delineato dalla Consulta in ordine alle relazioni tra le Carte (e, di riflesso, delle Corti che ne sono interpreti e garanti) mettono a nudo le vistose carenze della teoria delle Carte stesse di cui il giudice delle leggi si fa portatore; anzi, a dirla tutta, parrebbe che quest'ultimo non abbia maturato dentro di sé la consapevolezza della sussistenza di siffatta teoria, che rispecchi i peculiari connotati dei documenti normativi – tutti egualmente costituzionali *quoad substantiam* –, ciò che ne dà la cifra più genuinamente qualificante ed espressiva e che appunto li distingue da ogni altro documento che non ne condivida la natura e funzione di dare il “riconoscimento”, nella sua ristretta e propria accezione, dei diritti fondamentali. Immaginare, dunque, che possa farsi graduatoria alcuna tra il “riconoscimento” operato da una Carta rispetto a quelli delle altre appare cosa priva di senso alcuno. Della qual cosa si ha lampante riprova proprio al piano della teoria della interpretazione; e non è senza significato il fatto che essa, per il modo con cui è fatta propria anche dalla Consulta, non ammette, dunque, alcuna aprioristica sistemazione di stampo gerarchico delle Carte e, preservandone l'intima natura di documenti materialmente costituzionali, porta linearmente al solo esito metodicamente e teoricamente accettabile: quello della loro disposizione su un piano orizzontale, di parità, al quale hanno modo di spiegare e portare a frutto la loro vocazione a darsi mutuo sostegno semantico, sì da potersi trasmettere, reciprocamente rigenerate, nel tempo a beneficio dei diritti e di coloro che ne sono portatori.

²² Remota, poi, invero appare l'ipotesi che la Carta di Nizza-Strasburgo possa derogare a norme della Costituzione inespresse di principi fondamentali, considerato l'oggetto della disciplina della stessa e il modo con cui essa si ha, a mezzo di enunciati connotati da una struttura nomologica fatta a maglie larghe e, in più punti, larghissime. Perciò, ammettere che la Carta dell'Unione possa derogare a norme costituzionali diverse dai principi fondamentali è ipotesi solo teorica ma praticamente priva di possibile riscontro.

²³ Questo essendo il fine ultimo della mutua combinazione delle Carte nei fatti interpretativi, se ne ha che la massimizzazione in parola si pone davvero – a me pare – quale un autentico “metaprinzipio” che presiede ai bilanciamenti dei principi fondamentali al piano delle relazioni interordinamentali. In realtà, attorno alla questione cui ora si accenna si è svolto (e seguita a svolgersi) un animato dibattito che, nondimeno, non può essere ora ripreso neppure *per essentialia* [riferimenti, tra gli altri, in A. RANDAZZO, *Il “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss., e, dello stesso, *Il ruolo dei giudici comuni e i loro rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo dinanzi alle “nuove domande di giustizia”*, in [Giustizia Insieme](#), 25 giugno 2021, § 3.4; cfr., inoltre, 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. NASCIBENE, *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; notazioni di vario segno nei contributi che sono in *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. Caruso - F. Medico - A. Morrone, Bononia University Press, Bologna 2020; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in questa [Rivista](#), 2020/III, 2 novembre 2020, spec. 588 ss. Contesta in radice la esistenza del “metaprinzipio” in parola R. BIN, che ne ha trattato a più riprese: di recente, in *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché nell'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in [Giustizia Insieme](#), 10 aprile 2019; mi sono sforzato di replicare agli argomenti addotti da questa dottrina in più scritti, tra i quali, oltre all'intervista suddetta cui pure ho preso parte, [Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie](#), in questa [Rivista](#), 2019/III, 18 dicembre 2019, 707 ss., spec. 714 in nt. 30; *La oscillante forza normativa della CEDU, vista dalla Consulta*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2/2020, 15 marzo 2020, 193 ss.; *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in [Rivista AIC](#), 3/2020, 10 luglio 2020, 130 ss.; *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, 10 ss.; *La CEDU e il gioco degli specchi deformanti alla Consulta*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2/2021, 15 maggio 2021, spec. 273 ss.].

4. *La CEDU, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: le aporie metodico-teoriche di una costruzione difettosa nelle sue basi portanti così come nei piani sulle stesse eretti*

La parzialità della prospettiva testimoniata dalla Corte delle leggi con il mancato riconoscimento delle potenzialità racchiuse nell'art. 11 Cost., impedito ad esprimersi laddove vi si opponga anche solo uno dei principi fondamentali, trova poi una ulteriore, particolarmente attendibile testimonianza con specifico riferimento al rilievo assegnato alla CEDU in ambito interno, svilita sia al piano della teoria delle fonti che a quello della teoria della interpretazione.

Per l'uno, balza agli occhi la torsione della natura della Convenzione quale documento materialmente costituzionale, declassata di rango esclusivamente in considerazione del suo recepimento in ambito interno con legge comune²⁴. Un esito, questo, alla cui determinazione ha sicuramente concorso l'indistinto riferimento fatto agli obblighi internazionali in genere dall'art. 117, I c., Cost. Si trascura, tuttavia, in tal modo il fatto che la Convenzione, per i contenuti di cui è dotata, può – al pari della Carta dell'Unione o altre Carte ancora – vantare protezione negli artt. 2 e 3 della legge fondamentale della Repubblica che, nella loro inscindibile connessione²⁵, esprimono i principi costitutivi di quella che a me piace chiamare la *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento. E, invero, non andrebbe mai perso di vista che la condizione “paracostituzionale” o costituzionale *tout court* della Carta di Nizza-Strasburgo e delle fonti eurounitarie in genere non discende dalla “copertura” offertavi dall'art. 11, quasi che esso si dimostri in grado di portare più in alto le norme che si dispongono sotto il suo ombrello protettivo rispetto al livello raggiungibile per effetto della “copertura” apprestata da altri principi fondamentali. D'altronde, lo stesso art. 11 è stato pensato – come si sa – in funzione servente proprio dei valori di libertà ed eguaglianza, calpestati dal regime autoritario e durante il secondo conflitto bellico; nasce cioè dal ripudio nei riguardi di un passato che aveva recato non poche, diffuse sofferenze. Come si sa, si deve proprio a ciò la fioritura delle Carte dei diritti in seno alla Comunità internazionale e il loro naturale disporsi al servizio dei valori suddetti. Sarebbe, perciò, singolare che un principio geneticamente posto in funzione strumentale di altri principi fondamentali possa offrire una “copertura” ancora più salda ed efficace di quella che *direttamente ed immediatamente* discende da questi ultimi a beneficio di documenti che condividono con la nostra legge fondamentale la natura di documenti materialmente costituzionali.

Altra questione è, poi, quella relativa al modo ottimale con cui combinare le Carte in occasione delle singole vicende processuali, nel tentativo – per vero, non di rado particolarmente impegnativo e travagliato – di fissare il più in alto possibile il punto di sintesi al quale ancorare il bilanciamento tra i beni della vita evocati in campo dal caso. Ed è chiaro che – come si è venuti dicendo – nessuna sistemazione piramidale di tali documenti normativi trova giustificazione alcuna, tutti piuttosto giocandosi la partita alla pari, in vista dell'ottimale appagamento dei più avvertiti bisogni dell'uomo.

²⁴ Si è, poi, argomentata altrove la tesi secondo cui il recepimento stesso, al pari di quello relativo alle altre Carte dei diritti, avrebbe dovuto aversi con legge costituzionale, sì da ricongiungere forma a materia costituzionale; ed è chiaro che, ove così fosse stato, le aporie di costruzione risultanti dalla impostazione fatta propria dalla Consulta, che si evidenzieranno di qui a momenti, non si sarebbero avute. Con legge comune, ad ogni buon conto, sono state – come si sa – recepite anche altre fonti, quali i trattati relativi (ieri alle Comunità ed oggi) all'Unione europea, senza che peraltro ciò abbia fatto da ostacolo al riconoscimento del loro rango “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*. E, francamente, non si vede perché ciò non debba valere anche per la Convenzione, specie se si considera la “copertura” di cui anche quest'ultima gode da parte di principi fondamentali, come si vedrà subito appresso.

²⁵ ... in merito alla quale la densa riflessione teorica di G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009. Sul principio di eguaglianza sostanziale, v., ora, utilmente, l'ampio studio di P. MASALA, *I diritti fra stato e Regioni nell'emergenza sanitaria, a vent'anni dalla revisione del Titolo V: quali lezioni possono trarsi e quale “ribilanciamento” occorre realizzare, per una più efficace garanzia dell'uguaglianza sostanziale?*, in Costituzionalismo.it, 1/2021, 17 maggio 2021, 137 ss.

Non si capisce, dunque, quale mai possa essere il fondamento della singolare affermazione, presente nella discussa (e discutibile) [sent. n. 49 del 2015](#) e in pronunzie successive della Consulta²⁶, secondo cui spetterebbe comunque alla Costituzione un “predominio assiologico” nei riguardi della CEDU (e, generalizzando, di altre Carte), quasi che l’una sarebbe appunto in grado di salvaguardare sempre al meglio i diritti rispetto al modo con cui può farlo l’altra (o le altre), malgrado la comune natura suddetta. La qual cosa, poi, fa a pugni con l’attitudine, propria della Convenzione, a svolgere un ruolo “sussidiario” a salvaguardia dei diritti, innalzandola rispetto a quella ottenibile in ambito interno, non soltanto ad opera delle leggi comuni ma anche – è da ritenere – della stessa Carta costituzionale. D’altronde, lo stesso giudice delle leggi ha dovuto ammettere che possono darsi casi in cui la CEDU offre ai diritti – per dirla con [Corte cost. sentt. nn. 25 del 2019](#), [278 del 2020](#) e [140 del 2021](#) – una tutela “più ampia” di quella che è loro data in ambito interno; ed è chiaro – a me pare – che non ci si riferisce unicamente a quella apprestata dalle leggi comuni ma anche (e in primo luogo) a quella discendente dalla Costituzione.

Un’ulteriore, grave e ricorrente aporia di costruzione si coglie, poi, nella giurisprudenza costituzionale, con specifico riguardo al rilievo assegnato alla Convenzione al piano della teoria della interpretazione.

Su questo versante, infatti, non è chiaro perché mai – a dire della [sent. n. 49](#), ora richiamata – le interpretazioni della Convenzione somministrate dalla Corte europea possano esprimere vincoli a carico dei giudici nazionali (compreso – si badi – lo stesso giudice costituzionale) unicamente laddove provenienti da pronunzie espressive di indirizzi “consolidati” o da pronunzie-pilota, non pure da decisioni non ancora disposte in modo seriale ed uniforme nel tempo²⁷.

Ancora una volta, si è in presenza di una prospettiva parziale e distorsiva, che non si concilia con il dato elementare e d’immediata evidenza per cui anche una singola decisione, una volta passata in giudicato, esprime carattere vincolante.

Insomma, come si vede, si assiste alla messa in atto di una complessa ed articolata manovra volta a declassare la Convenzione della forza normativa sua propria ed a svilire alcune delle sue espressioni per mano della giurisprudenza europea, rendendosi viepiù vistoso lo scarto esistente tra la natura della Carta in parola e il suo effettivo rilievo nel corso delle vicende processuali che s’impiantano e svolgono in ambito interno²⁸. È pur vero, poi, che il diritto giurisprudenziale convenzionale può essere veicolato per via traversa in ambito interno, per il tramite del diritto giurisprudenziale eurounitario che sostanzialmente lo riproduca²⁹, in ispecie con riguardo ai disposti

²⁶ Riferimenti al riguardo, di recente, in E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Giappichelli, Torino 2021, 63 ss. e 134 ss.

²⁷ Malgrado lo sforzo prodotto nella pronunzia in parola al fine di fare chiarezza attorno alla nozione di indirizzo “consolidato”, residuano non poche incertezze in ordine al suo riconoscimento, secondo quanto è stato, ancora di recente, rilevato da una sensibile dottrina [R. CONTI, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I “volti” della Corte di Cassazione a confronto*, in *Giustizia Insieme*, 4 marzo 2021, spec. § 2]. Ancora più ambiguo si presentava poi il criterio della “sostanza”, cui in precedenza si circoscriveva l’obbligo di rispetto delle decisioni della Corte europea e delle interpretazioni della Convenzione da esse somministrate alle autorità nazionali; criterio che, nondimeno, si prestava ad essere inteso nel senso che anche la singola decisione non ancora “consolidatasi” in indirizzo avrebbe potuto vincolare le autorità stesse, ma non appunto nella sua interezza. Ad ogni buon conto, ormai è all’indirizzo “consolidato” che – a dire della Consulta – occorre fare esclusivo riferimento.

²⁸ Un rilievo che, peraltro, potrebbe anche essere ulteriormente rimarcato ed evidenziato per effetto della ricezione del prot. 16 allegato alla CEDU, qualora si avesse anche da noi, come vivamente caldeggiato, un ripensamento dell’orientamento negativo registratosi alla Camera nel settembre dello scorso anno. A tacer d’altro, non si trascurino peraltro i benefici conseguenti al flusso di informazioni che si intratterrebbe tra le massime autorità giurisdizionali di diritto interno e la Corte di Strasburgo, con riflessi immediati anche per l’attività da quest’ultima svolta in sede giurisdizionale; e non si trascurino neppure le indicazioni che ne avrebbe la Corte dell’Unione, in ispecie in sede d’interpretazione della Carta di Nizza-Strasburgo orientata verso la Convenzione. In particolare, sarebbe di particolare interesse approfondire l’incidenza che potrebbe aversene nei riguardi delle pronunzie emesse dal giudice lussemburghese dietro rinvio pregiudiziale, così come, circolarmente, quella che queste ultime potrebbero esercitare sui pareri emessi in applicazione del protocollo in parola. Ma, di tutto ciò – com’è chiaro – in altro luogo.

²⁹ ... senza trascurare, peraltro, il caso di norma convenzionale riprodotto di norma generalmente riconosciuta della Comunità internazionale che, per ciò stesso, venga a trovarsi innalzata di grado. La qual cosa, poi, rende conferma

della Carta dell'Unione coincidenti con quelli della Convenzione. Si tratta, nondimeno, di una soluzione che non appaga del tutto, vuoi per il fatto che non sempre si ricade in ambito materiale di competenza dell'Unione e vuoi (e soprattutto) perché in tal modo non si riconosce alla Convenzione stessa, *in quanto tale*, il posto che le spetta nel sistema degli atti normativi.

Oltre al danno si ha, poi, anche la beffa, dal momento che una stessa pronunzia della Corte europea, dapprima disattesa per il difetto del connotato del “consolidamento”, potrebbe successivamente dimostrarsi vincolante, quando però è ormai troppo tardi perché possa essere fatta valere³⁰. Insomma, un autentico pasticcio, ingenerato da un vizio di origine ad oggi non rimosso, vale a dire dal trattamento incomprensibilmente discriminatorio riservato, rispettivamente, al diritto giurisprudenziale convenzionale (non “consolidato”) ed al diritto giurisprudenziale eurounitario, quasi che solo quest'ultimo possa considerarsi *verum jus*, e non pure il primo (quanto meno, appunto, fintantoché non riesca a “consolidarsi”).

5. Una succinta notazione finale con riguardo al bisogno di tenere distinti i casi di “dialogo”, nell'accezione ristretta e propria qui accolta, da quelli di plurimi e reciprocamente non comunicanti monologhi

Si è ora in grado di trarre le fila dalla succinta analisi svolta e tentare così di dare una risposta al quesito iniziale in merito al carattere appropriato dell'utilizzo del termine “dialogo” con riferimento a talune delle più salienti esperienze giurisprudenziali riguardanti i diritti fondamentali in relazione alle quali si è assistito ora a convergenze ed ora a divergenze di orientamento delle Corti.

Muovo, al riguardo, da una ovvia constatazione, che nondimeno è bene ugualmente esplicitare; ed è che è del tutto naturale che ciascuna Corte veda le cose dal punto di vista dell'ordinamento di appartenenza, in ispecie alla luce dei principi fondamentali di quest'ultimo. Il punto è, però, che occorre farlo alla luce di *tutti* i principi assieme, nel loro fare “sistema”, non già solo di alcuni a discapito di altri lasciati indebitamente nell'ombra e talvolta persino messi per intero da canto. Singolare e grave è, poi, che ciò si abbia a carico del principio fondamentale di apertura ad altri ordinamenti: vale per gli operatori di diritto interno (e, segnatamente, per il giudice delle leggi), in forza di quanto dispongono gli artt. 10 e 11 Cost., nel loro fare tutt'uno con i principi fondamentali restanti e, in ispecie, nel loro porsi in funzione servente nei riguardi della coppia assiologica di libertà ed eguaglianza, e vale per la Corte dell'Unione, alla luce del precetto di cui all'art. 4.2 TUE. E, invero, suona quasi paradossale che proprio i canoni volti a spianare la via al “dialogo” tra le Corti si trovino obbligati a sottostare a torsioni ricostruttive ovvero a loro riduttive e sbiadite applicazioni.

Al tirar delle somme, è bene sempre tenere distinti i casi di “dialogo” vero e proprio, sia pure non di rado sofferto e raggiunto dopo un percorso lungo e non sempre lineare, rispetto ai casi di plurimi monologhi incrociati ma non reciprocamente comunicanti, in quanto espressi in lingue sconosciute ora a questo ed ora a quell'interlocutore. Apparentemente, si discorre del medesimo caso ma le coordinate metodiche su cui si situano gli argomenti dall'una e dall'altra parte adottati non risultano comuni, non realizzandosi pertanto l'obiettivo dello scambio delle manifestazioni di pensiero. Ed è, in conclusione, amaro dover constatare che ciascuna Corte, nel momento stesso in cui ritiene di spendersi a difesa dell'ordinamento di appartenenza che si assuma – non di rado, a torto – trovarsi sotto attacco nelle sue stesse basi portanti, in realtà (e sia pure senza piena

del fatto che la forza normativa – come mi affanno a dire da tempo – non è delle fonti *ut sic*, presentandosi quindi invariante per le fonti della medesima specie così come di ciascuna fonte singolarmente riguardata, bensì è sempre (e solo) delle norme, per il modo con cui si pongono in rapporto ai valori fondamentali, sì da godere – se del caso – della “copertura” da essi apprestata.

³⁰ Il punto è opportunamente rilevato da A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 1/2019, 15 marzo 2019, 86 ss., spec. 93.

consapevolezza), è proprio essa a recare un *vulnus* a queste ultime, alle volte profondo e difficilmente rimarginabile, a motivo del carattere parziale della prospettiva metodica adottata, da cui quindi discendono effetti gravemente distorsivi e penalizzanti per i diritti.

La chiusura a riccio, in nome di un malinteso nazionalismo costituzionale che porta al sostanziale accantonamento del principio di apertura o, come che sia, ad una indebita contrazione del suo potenziale espressivo, non dà infatti modo alla ricerca della massimizzazione della tutela dei diritti stessi di svolgersi con linearità di percorso, sì da pervenire all'ambiziosa meta avuta di mira. È chiaro che – come si è venuti dicendo – gli esiti dell'apertura vanno pur sempre sottoposti alle necessarie verifiche, dovendosi puntare all'obiettivo dell'affermazione della Costituzione e delle altre Carte *magis ut valeant*. *La massimizzazione suddetta, infatti, è il fine, l'apertura il mezzo maggiormente idoneo a raggiungerlo*, pur tuttavia bisognoso di essere messo alla prova delle singole vicende processuali e delle loro complessive esigenze. Ciò che, comunque, importa è tener ferma la premessa che le Carte, al pari peraltro di ogni documento normativo, non portano in sé il crisma della perfezione; e questo vale – è appena il caso, in conclusione, di ribadire – anche per la Costituzione, malgrado si ponga quale il frutto immediato e genuino di un potere tradizionalmente inteso come onnipotente³¹. Piuttosto, è pur sempre da mettere in conto la evenienza che possano darsi, così come effettivamente si danno, esperienze processuali che mettano a nudo strutturali carenze di questa o quella Carta, alle quali si riesca quindi a rimediare – fin dove possibile – proprio attingendo *ab extra* i materiali e le indicazioni adeguate a dare ai diritti quel ristoro che altrimenti non potrebbero avere.

È bene non scordarselo.

³¹ Si è, ancora di recente, prospettata altrove l'ipotesi che gli stessi principi fondamentali della legge fondamentale della Repubblica possano essere aggiornati per risultare al passo coi tempi, in linea di continuità evolutiva rispetto alla loro originaria conformazione [v., dunque, volendo, il mio [Il gioco a Carte delle Corti](#), cit., 453, in nt. 35]. La qual cosa, peraltro, presenterebbe il vantaggio di riequilibrare i rapporti tra legislatore e giudici (in ispecie, quello costituzionale), ad oggi fortemente alterati anche per le strutturali carenze e lacune esibite dagli enunciati normativi [sui difetti di qualità della legislazione, da ultimo, G. TARLI BARBIERI, *Recensione a L. PACE, L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2021, 30 agosto 2021, 238 ss., spec. 247 ss.]

Giuseppe Mobilio

I sistemi di identificazione biometrica a distanza: un esempio paradigmatico delle sfide lanciate dalla tecnologia al diritto costituzionale* **

ABSTRACT: *The essay deals with the legal problems arising from the widespread diffusion of remote biometric identification systems. These unparalleled technologies, based on artificial intelligence, are capable to involve some of the principal challenges that digital algorithmic technologies are posing to contemporary constitutionalism. Starting from the attempt of the most recent proposal of European regulation to dedicate more stringent rules to this issue, the analysis focuses on the difficulties of legal rules to regulate these instruments of surveillance and the overall threats to fundamental rights.*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le tecnologie biometriche di identificazione: peculiarità, potenzialità e pericolosità. – 3. Le difficoltà del diritto alle prese con queste tecnologie. – 4. Alcune conseguenze nell’impiego di tecnologie biometriche da parte dei pubblici poteri. – 5. I diritti fondamentali a rischio. – 6. L’esigenza di una regolamentazione giuridica all’altezza della sfida.

1. Considerazioni introduttive.

Tra le tecnologie algoritmiche basate sull’intelligenza artificiale ve ne sono alcune che risultano paradigmatiche – riprendendo il titolo di questa iniziativa scientifica – per le sfide che l’innovazione tecnologica ha lanciato al diritto costituzionale. Si tratta dei sistemi di identificazione biometrica a distanza, che, non a caso, il più recente tentativo di disciplina a livello europeo sull’intelligenza artificiale, ossia la proposta di regolamento diffusa dalla Presidente della Commissione europea a fine aprile 2021¹, inquadra tra quelle espressamente “proibite”, salvo che non vengano rispettate determinate condizioni.

L’obiettivo di questa breve nota è dar conto di come vi siano esempi di tecnologie in grado, alla prova dei fatti, di intercettare molteplici profili problematici evocati dalle Relazioni sin qui svolte, offrendo lo spunto per andare a fondo, e forse anche riconsiderare numerose categorie del diritto costituzionale².

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista.

** Il contributo riprende il contenuto dell’intervento svolto in occasione del Convegno annuale dell’Associazione Gruppo di Pisa “Il diritto costituzionale e le sfide dell’innovazione tecnologica”, 18-19 giugno 2021, la cui versione di sintesi è in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno stesso.

¹ Cfr. Proposal for a “Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts” (COM/2021/206 final), 21 aprile 2021, in particolare art. 5. Su questa proposta, v. L. FLORIDI, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach*, in *Philosophy & Technology*, 2, 2021; M. VEALE – F.Z. BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act – Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, in *Computer Law Review International*, 4, 2021; M. EBERS, *Standardizing AI – The Case of the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act*, in L.A. Dimatteo, M. Cannarsa, C. Poncibò (a cura di), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.

² In generale, sull’impatto delle tecnologie algoritmiche digitali sulle categorie del diritto costituzionale, v. A. SIMONCINI, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 63 ss.; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, f.s., 2019, 101 ss.; A. D’ALOIA, *Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell’Intelligenza Artificiale*, in Id. (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, FrancoAngeli, Milano, 2020, 7 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, GFL, Milano, 2020, 451 ss. Più in generale, sulle dinamiche di trasformazione del costituzionalismo in relazione alla dimensione tecnologica, cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Costituzionalismo e globalizzazione*, Jovene, Napoli, 2014, 43 ss., e più di recente ID., *Lo “Stato digitale”: considerazioni introduttive*, disponibile nella versione provvisoria sul [sito](#) dell’Associazione “Gruppo di Pisa” con specifico riguardo ai poteri dello Stato.

2. Le tecnologie biometriche di identificazione: peculiarità, potenzialità e pericolosità.

Per dar conto di quanto detto occorre innanzitutto chiarire preliminarmente cosa si intenda per sistemi di identificazione biometrica a distanza. Nello specifico, si tratta di tecnologie che consentono di identificare con esattezza una persona a partire da alcune sue caratteristiche biometriche uniche, quali i tratti fisici, come l'immagine del volto, oppure i tratti differenziali del suo comportamento, come il modo di camminare o il timbro della voce.

A differenza di quanto accade per altre caratteristiche biometriche, come il DNA, le impronte digitali o la struttura vascolare della retina, attraverso questi sistemi l'identificazione può avvenire a distanza, ossia senza alcun contatto fisico dell'interessato, ma semplicemente tramite l'elaborazione digitale di una immagine o del suono catturati da una fotocamera, da una videocamera a circuito chiuso o da un microfono anche molto lontani dall'interessato³. I dati così acquisiti vengono comparati con altri dati presenti in un *database* e già associati alla persona cui appartengono. Questa comparazione avviene in maniera automatizzata, tramite complessi algoritmi di intelligenza artificiale in grado di processare i dati (audio e video) acquisiti dal vivo per ricercare eventuali corrispondenze, permettendo così di risalire non solo alle generalità di un individuo, ma anche ad una serie di ulteriori informazioni ottenute tramite l'incrocio con altre banche dati o le informazioni presenti su internet. Il processo così sommariamente descritto avviene a grande velocità, senza che l'interessato se ne accorga o che debba manifestare alcun atteggiamento cooperativo, prescindendo potenzialmente dall'intervento di alcun essere umano⁴.

Questo tipo di tecnologie offrono una miriade di opportunità, delle quali solo di recente si sta acquisendo consapevolezza. Nel settore privato, ad esempio, gli operatori economici, le piattaforme del *web* e i *social network* vi fanno impiego per motivi di sicurezza, per proporre suggerimenti di acquisto o per ampliare il *network* di conoscenti. Nel settore pubblico il loro utilizzo è legato allo svolgimento di indagini penali o i controlli alle frontiere, alla prevenzione e alla garanzia della sicurezza pubblica, oppure per rendere le città sempre più *smart*. Di converso, quello che così si manifesta è un potere di sorveglianza sempre più pervasivo e ubiquitario, che può essere sfruttato anche per controllare, per tracciare e per manipolare singoli individui o interi gruppi di persone, perseguendo scopi tutt'altro che legittimi⁵. Non stupisce, quindi, che la già richiamata proposta di regolamento sull'IA abbia circondato di cautele l'utilizzo di queste tecnologie, soprattutto se realizzato da parte delle autorità pubbliche "in tempo reale", ovvero con una identificazione istantanea delle persone coinvolte; se disposto entro spazi pubblici, con la conseguenza di coinvolgere una quantità indefinibile di persone; se sfruttato per scopi di polizia. Allo scopo vengono indicati una serie di requisiti, finalità di impiego e obblighi di relativa autorizzazione che dovrebbero valere a circoscrivere i possibili abusi⁶.

³ Cfr. E. LEARNED-MILLER, V. ORDÓÑEZ, J. MORGENSTERN, J. BUOLAMWINI, *Facial Recognition Technologies in the Wild: A Primer*, 29 maggio 2020, 8.

⁴ Cfr. GARVIE ET AL., *The Perpetual Line-Up. Unregulated Police Face Recognition in America*, in [Georgetown Center on Privacy & Technology](#), 18 ottobre 2016, 16 ss.

⁵ Sul punto, basti rinviare a D. LYON, *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana*, Feltrinelli, Milano, 2002; P. PERRI, *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, GFL, Milano, 2020.

⁶ Si parla al riguardo di uno "strettamente necessario" per finalità tassative quali: la ricerca di specifiche vittime potenziali di crimini, compresi i minori scomparsi; la prevenzione di specifiche, significative e imminenti minacce alla vita o alla sicurezza fisica di persone o determinate da attacchi terroristici; le indagini nei confronti di autori o sospettati di crimini riconducibili alla disciplina sul mandato di arresto europeo, per i reati nei confronti dei quali la disciplina statale prevede una pena massima almeno di tre anni. In questi casi, l'uso di sistemi di identificazione biometrica deve tener conto della natura della situazione, in particolare della serietà, probabilità e il livello di danno provocato dal mancato utilizzo di questi sistemi, oltre che delle conseguenze del loro impiego in termini di impatto sui diritti e sulle libertà, sempre rispetto alla serietà, probabilità e livello di danno provocato. Parimenti occorre rispettare le misure di salvaguardia ritenute necessarie e proporzionate e le condizioni stabilite per l'uso, con particolare riguardo alle limitazioni temporali, geografiche e personali. Per il relativo impiego sarà anche necessaria l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria o di un'autorità amministrativa indipendente statale, salvo che una situazione d'urgenza possa giustificare la convalida

Come già osservato⁷, l'uso di tecnologie di identificazione biometrica a distanza costituisce una sfida “per” i diritti, nel senso che possono rappresentare strumenti molto utili alla salvaguardia dei diritti fondamentali (si pensi alla repressione di reati gravi o legati al terrorismo), ma anche una sfida “ai” diritti, nel senso che sono in grado di incidere e di ledere diritti in maniera inimmaginata⁸.

3. *Le difficoltà del diritto alle prese con queste tecnologie.*

Un primo profilo da sottolineare in relazione a queste tecnologie innovative è la difficoltà del diritto ad offrire una regolamentazione che possa dirsi adeguata ed efficace, tanto da correre il rischio di andare incontro – prendendo in prestito un termine riferito alla stessa tecnologia e alla teoria economica – ad una vera e propria “disruption” che ne sancisca il superamento da parte di altre forme di regolazione imposte, ad esempio, dal mercato o dalla tecnica stessa⁹. Attualmente nel panorama europeo – a quanto consta – nessuno Stato ha adottato una disciplina giuridica di rango primario che si rivolga a questi strumenti. L'assenza di una normativa sul punto trae origine da una molteplicità di fattori, dei quali è sufficiente qui indicare i seguenti.

Un primo fattore è riconducibile ad una questione di “ritmo”: mentre la tecnologia evolve esponenzialmente, il diritto segue dinamiche e processi di produzione molto più lenti, in una sorta di “desincronizzazione” tra il tempo umano e quello della tecnologia¹⁰. La ricerca e lo sviluppo nel settore dei sistemi di sorveglianza in parola sono ad appannaggio di operatori privati e, in particolare, dei c.d. *Big Tech*, ovvero quelle multinazionali che dispongono del *know how*, delle risorse e dei dati indispensabili per essere competitivi nel mercato globale. Questi soggetti hanno impresso all'innovazione un ritmo a dir poco impetuoso, detenendo un patrimonio conoscitivo cui i soggetti pubblici rimangono estranei. I legislatori, in questo momento, stanno ancora prendendo coscienza dei rischi insiti nella diffusione di questi strumenti, a fronte di una domanda di mercato in costante crescita e che si autoalimenta, imponendo così la creazione di tecnologie sempre più sofisticate e all'avanguardia, secondo quella che viene definita una nuova forma di “capitalismo della sorveglianza”¹¹. Da questa condizione di fatto derivano due conseguenze che meritano qui di essere sottolineate.

Da una parte, sono gli operatori economici che decidono se, e a quali condizioni consentire l'impiego di queste tecnologie, con conseguenze immediate sulla protezione dei diritti. Si pensi solamente all'esempio della produzione e commercializzazione di occhiali “smart” che integrano tecnologie di riconoscimento facciale, in grado, ad uno sguardo, di identificare le persone e fornire informazioni su di loro; ipotesi inizialmente sospesa per i rischi cui i diritti e le libertà delle persone vengono esposti, ma oggetto di interesse sempre maggiore da parte del mercato¹².

successiva. Tale autorizzazione può avvenire solamente sulla base di prove oggettive o l'indicazione chiara che l'impiego di tali tecnologie sia necessario e proporzionato per il perseguimento delle finalità sopra indicate. Gli Stati potranno stabilire restrizioni all'uso di queste tecnologie, salvo comunque stabilire regole dettagliate concernenti la sopra citata autorizzazione e le finalità sopra indicate rispetto alle quali le autorità competenti saranno autorizzate ad impiegare tali strumenti. Cfr. art. 5 della proposta di “Artificial Intelligence Act” citata *retro* in nota 1 (traduzione nostra).

⁷ Da C. Colapietro nel corso del Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa “*Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*”, cit.

⁸ ... o solo paventata nei classici della letteratura e del cinema, o dalle più recenti serie televisive.

⁹ Sul punto, volendo, v. G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una “disruption” della regolamentazione giuridica*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, 401 ss.

¹⁰ L. ALEXANDRE, *La guerra delle intelligenze*, cit., 51 ss.

¹¹ Si tratta delle americane “GAFA”, ovvero (per limitarsi al settore del riconoscimento facciale) Google (e la collegata Alphabet), che ha sviluppato “FaceNet”; Amazon, e il suo “Rekognition”; Facebook, e il suo “Deepface”; Apple, e il suo “Face ID” (cui si può aggiungere Microsoft e IBM). Ma il discorso può essere esteso anche alle cinesi “BAT” (Baidu, Alibaba e Tencent, cui si può aggiungere Xiaomi). Il riferimento nel testo va alla già notissima elaborazione in S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Luiss University Press, Roma, 2019.

¹² Cfr. S. RODRIGUEZ, *Facebook is ‘looking at’ facial recognition technology for upcoming smart glasses, executive confirms*, in *CNBC*, 25 febbraio 2021.

Dall'altra, i pubblici poteri che vogliono fare ricorso a questo tipo di tecnologie sono costretti ad affidarsi agli operatori privati. Si pensi a quanto accaduto durante l'emergenza pandemica da Covid-19 e alla circostanza che sistemi di identificazione biometrica, gestiti da soggetti privati, siano stati impiegati per misurare la temperatura delle persone tra la folla, identificare coloro che non indossano la mascherina e tracciare coloro che risultano potenzialmente infetti¹³. Dal momento che questi strumenti sono in grado di raccogliere massivamente dati rilevanti sulle persone, concernenti ad esempio le condizioni di salute o le abitudini di spostamento, e che da tali dati è possibile estrarre ulteriori informazioni, secondo le tecniche di *big data analytics*, ne deriva come gli operatori a ciò preposti – in termini peraltro oligopolistici – si trovino in possesso di una risorsa conoscitiva che opportunamente è stata definita, in termini generali, come la “nuova valuta”¹⁴ dell'economia digitale.

Ed è qui che il peso economico acquisito da questi grandi *players* assume anche un valore politico, nella misura in cui l'unica regolazione in vigore è quella che essi stessi hanno prodotto, compresa la scelta volontaria di non mettere a disposizione dei pubblici poteri certe tecnologie perché ritenute troppo pericolose¹⁵. Più in generale, inoltre, si tratta di un potere che si risolve nella possibilità di condizionare l'esercizio dei diritti fondamentali o la libera espressione di scelte democratiche¹⁶, finanche influenzare la decisione degli organi politici nel se, e come, adottare una regolazione su queste tecnologie¹⁷.

Un secondo elemento con cui il diritto deve fare i conti consta nella difficoltà – se non impossibilità – di ricondurre queste tecnologie alla giurisdizione di un unico ordinamento, fosse anche di tipo sovranazionale. I sistemi di identificazione biometrici offrono un esempio chiaro di come la tecnica costituisca un fattore di alimentazione dei processi di globalizzazione giuridica in corso¹⁸. Si consideri come i dati di cui si nutrono queste tecnologie algoritmiche, primi fra tutti le immagini, presentino un legame con il territorio fisico – a dir poco – labile. Ne costituiscono una riprova l'acquisizione massiva di tali dati, favorita dalla enorme diffusione dei dispositivi di rilevamento sopra richiamati; la loro acquisizione indiretta, tramite il serbatoio interminabile costituito dal web e, in particolare, dai *social network*; le possibili forme di elaborazione e trasformazione, tramite algoritmi che operano su macchine fisiche o direttamente nel mondo virtuale; la capacità quasi illimitata di conservazione, in *database* localizzabili o su *cloud*; tutti elementi che rendono estremamente complicato il tentativo del diritto di “afferrare” il dato per regolarlo, come emerge dallo sforzo compiuto a livello di UE tramite il regolamento (UE) 2016/679 sulla protezione dei dati personali (c.d. GDPR)¹⁹. In questo scenario, la tutela giuridica è chiamata a farsi “dinamica”, ovvero a seguire i dati nella loro incessante circolazione, entro spazi oramai senza confini fisici²⁰.

¹³ Cfr. M. VAN NATTA ET AL., *The rise and regulation of thermal facial recognition technology during the COVID-19 pandemic*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 7, 1, gennaio-giugno 2020,

¹⁴ W.D. EGGERS, R. HAMIL, A. ALI, *Data as currency. Government's role in facilitating the exchange*, in *Deloitte Review*, 13, 2013, 19 ss.

¹⁵ R. HEILWEIL, *Big Tech Companies Back Away from Selling Facial Recognition Technology to Police. That's Progress*, in *Vox*, 11 giugno 2020.

¹⁶ Un potere che consente di condizionare l'esercizio di libertà come quella di espressione, secondo quanto insegnano le recenti vicende che coinvolgono *social network* come Facebook e l'esperienza del suo “Oversight Board”, nel delicato crinale tra controllo dei contenuti e censura, o diritti politici come quello di voto, come emerso dallo scandalo di “Cambridge Analytica” e nell'uso delle informazioni personali per manipolazioni di massa; in tema, v. M. BETSU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista del “Gruppo di Pisa”*, 2, 2021, 166 ss.

¹⁷ È il caso, ad esempio, della legislazione adottata nello Stato di Washington (su cui v. *infra* in nota 53), criticata perché troppo poco rigida nel limitare l'uso di queste tecnologie da parte delle forze dell'ordine, il cui primo firmatario è il senatore Joe Nguyen, *program manager* della Microsoft; cfr. D. GERSHORN, *A Microsoft Employee Literally Wrote Washington's Facial Recognition Law*, in *OneZero*, 3 aprile 2020.

¹⁸ Sulla quale, basti rinviare a C. NAPOLI, *Territorio, globalizzazione, spazi virtuali*, in *Rivista del “Gruppo di Pisa”*, 2, 2021, 192 ss.

¹⁹ Sul punto, volendo, v. G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, 285 ss., e i richiami ivi contenuti.

²⁰ Chiarissime e acute le osservazioni in S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 397 s., riprese anche da C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. Califano,

Ma si consideri anche come la scrittura dei software e la produzione dei componenti di questi sistemi sia realizzata da operatori provenienti dalle parti più disparate del mondo, così da rendere arduo stabilire a quale giurisdizione occorra fare riferimento per stabilire le regole cui fare riferimento. Una riprova di questa realtà si ha nelle difficoltà che anche a livello europeo si riscontrano nel riformare la disciplina sulla responsabilità civile derivante dal malfunzionamento di tecnologie algoritmiche di questi tipo, allo scopo di individuare il soggetto cui imputare un eventuale danno²¹.

4. Alcune conseguenze.

L'impiego dei sistemi di identificazione biometrica a distanza da parte dei soggetti pubblici apre poi ad ulteriori scenari di questioni problematiche.

È il caso, innanzitutto, in cui le potenzialità di questi strumenti venga sfruttata dalle forze dell'ordine e dalla magistratura nel corso delle indagini penali. Al difficile rapporto tra autorità giudiziaria e tecnologie digitali, ben tratteggiato nella relazione di Erik Longo²², deve essere quindi ricollegato l'ulteriore tema della prova informatica (c.d. *digital evidence*, o *e-evidence*)²³ e, più da vicino, le condizioni alle quali il sapere tecnologico può trovare legittimamente ingresso nel procedimento penale²⁴. Si tratta di un aspetto cruciale anche per la tutela dei diritti fondamentali all'interno del processo, affinché cioè la decisione giudiziaria non venga presa in segreto e vengano così garantiti il diritto di difesa dell'imputato (art. 24 Cost.) e la regola del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111, c. 4, Cost.)²⁵.

In aggiunta, l'utilizzo di queste tecnologie da parte dei pubblici poteri, sia esso sistematico o meno, è in grado di incidere direttamente sull'esercizio di libertà legate alla partecipazione politica e sul tenore democratico di un ordinamento.

Si pensi a quanto recentemente accaduto negli Stati Uniti, a partire dalla metà del 2020, a seguito delle proteste portate avanti dal movimento "Black Lives Matter" e all'intensificazione nell'uso delle tecnologie di identificazione biometrica da parte delle forze dell'ordine, molto criticato perché non improntato solamente a finalità repressive degli episodi di violenza²⁶; oppure alle proteste che nel

C. Colapietro (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 87.

²¹ In dottrina, v. G. GUERRA, *La sicurezza degli artefatti robotici in prospettiva comparatistica. Dal cambiamento tecnologico all'adattamento giuridico*, il Mulino, Bologna, 2018; G. PASSAGNOLI, *Il diritto civile al tempo dell'intelligenza artificiale: spunti per una problematizzazione*, in S. Dorigo (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., 71. A livello di indirizzi elaborate dalle istituzioni europee, v. EUROPEAN PARLIAMENT, *Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))*, 16 febbraio 2017, e, più di recente e direttamente sul punto, EUROPEAN COMMISSION, *Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics*, COM(2020) 64 final, 19 febbraio 2020.

²² E. LONGO, *La giustizia nell'era digitale*, disponibile nella versione provvisoria sul [sito](#) dell'Associazione "Gruppo di Pisa".

²³ Per un'analisi processual-penalistica nel nostro ordinamento, v. M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Giappichelli, Torino, 2017. Sul contesto europeo, v. B. JERMAN BLAŽIČ, T. KLOBUČAR, *Removing the barriers in cross-border crime investigation by gathering e-evidence in an interconnected society*, in *Information & Communications Technology Law*, 29, 1, 2020, 66 ss.

²⁴ Il riferimento va alle valutazioni che il giudice deve compiere per ammettere una prova di natura scientifica tramite il c.d. *Daubert test*, elaborato dalla giurisprudenza statunitense a partire dal 1993 e accolto nell'ordinamento italiano con gli indirizzi giurisprudenziali inaugurati da Cass., Sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, e da Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786. In dottrina sul punto, v. P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Diritto penale e processo*, 11, 2011, 1341 ss.

²⁵ Cfr. V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., 559 ss.; A. PAJNO, *Intelligenza artificiale e sistema di tutela giurisdizionale*, in *Astrid Rassegna*, 3, 2020, 8 s.

²⁶ Cfr. N. DAVIES, *US police are using facial recognition technology at protests - adding to systemic racism*, in *Business & Human Rights Resource Center*, 18 agosto 2020.

2019 sono divampate nel territorio di Hong Kong, in occasione dell'adozione delle nuove misure legislative sull'extradizione, e a come l'uso di queste tecnologie abbia indotto i manifestanti a coprire i propri volti con maschere o ombrelli, divenuti poi il simbolo della protesta²⁷. Fino all'esempio paradigmatico del "Social Credit System" nella Repubblica Popolare Cinese, basato su un sistema di sorveglianza capillare, attraverso cui il governo è in grado di orientare il comportamento di massa di persone e imprese²⁸.

5. I diritti fondamentali a rischio.

Quanto riferito sin qui rende evidente come i sistemi di identificazione biometrica a distanza siano in grado di incidere su una molteplicità di diritti fondamentali. Sviluppando ulteriormente questo aspetto, si potrebbe sostenere come la cifra caratteristica di queste innovazioni tecnologiche stia proprio nella capacità di interferire trasversalmente sui diritti e le libertà, di singoli e di gruppi di persone, in termini e forme a loro volta innovative²⁹. Sul punto, basti limitare il discorso ad alcuni profili che sono già stati toccati dalle relazioni.

I primi diritti a venire in gioco sono, senza dubbio, quelli legati alla privacy³⁰. Quest'ultima – come noto – può essere intesa essenzialmente nella sua accezione negativa, acquisita sin dalle sue origini nell'ordinamento statunitense, come diritto ad escludere gli altri da una sfera che si vuole conservare nella propria intimità, sia essa psichica, fisica, o relazionale³¹. A questo diritto, che nel tempo ha acquisito contenuti multiformi e, invero, piuttosto evanescenti, potrebbe accostarsi quello che nel nostro ordinamento è chiamato diritto alla riservatezza, la cui portata risulta invece più ridotta, seppur non esattamente circoscritta³². Al di là della definizione esatta dei relativi contenuti, quel che è certo è che queste tecnologie manifestano una spiccata capacità di invaderne le rispettive sfere, nella misura in cui conferiscono a coloro che le utilizzano un potere di controllo e di tracciamento che, grazie ai potenti mezzi di analisi dei *big data*, può addirittura risolversi nella capacità di predire l'altrui comportamento e di manipolare le scelte assunte³³.

Altri diritti interessati da queste tecnologie, poi, sono quelli legati alla protezione dei dati personali³⁴. A questo proposito, se alla privacy viene riconosciuta una connotazione negativa, la protezione dei propri dati – come altrettanto noto – viene riconnessa ad una componente positiva, intesa come diritto a mantenere un controllo sull'insieme dei dati che costituisce la proiezione della propria persona nella società dell'informazione, dando sostanza al concetto di "autodeterminazione informativa"³⁵. La pretesa di mantenere questo controllo assume centralità nel contesto attuale, ove si assiste a quella che viene definita come la progressiva "datificazione" delle società, ovvero la

²⁷ B. SCHMIDT, *Hong Kong Police Already Have AI Tech That Can Recognize Faces*, in [Bloomberg](#), 22 ottobre 2019.

²⁸ Attraverso questo sistema a ciascun cittadino viene attribuito un numero identificativo e, grazie alla sorveglianza fisica e digitale continua, viene associato un punteggio che ne qualifica l'affidabilità e ne oggettiva la reputazione. Attraverso un sistema di benefici e sanzioni, legato ai servizi pubblici o alla concessione di finanziamenti, diviene possibile questa opera di orientamento di massa; più ampiamente, cfr. F. LIANG, V. DAS, N. KOSTYUK, M.M. HUSSAIN, *Constructing a Data-Driven Society: China's Social Credit System as a State Surveillance Infrastructure*, in *Policy and Internet*, 4, 10, 2018, 415 ss.

²⁹ Sul punto, basti rinviare a G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale*, cit., 57 ss.

³⁰ Cfr. S. SCAGLIARINI, [La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica](#), in questa [Rivista 2021/II](#), 491 ss.

³¹ Cfr. B.-J. KOOPS ET AL., *A Typology of Privacy*, in [University of Pennsylvania Journal of International Law](#), 38, 2017, 483 ss.

³² M. TIMIANI, *Un contributo allo studio sul diritto alla riservatezza*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2, 2012, 51 ss.; S. SCAGLIARINI, *La riservatezza e i suoi limiti. Sul bilanciamento di un diritto preso troppo sul serio*, Aracne, Roma, 2013, 43 ss.

³³ Più ampiamente, v. G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale*, cit., 68 ss.

³⁴ Cfr. S. SCAGLIARINI, [La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica](#), cit., 492 ss.

³⁵ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, il Mulino, Bologna, 1995, 108. Più in generale, v. anche L. CALIFANO, *Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, spec. 96 ss.

quantificazione/conversione dei processi vitali in flussi di dati da elaborare tramite algoritmi e generare così altre informazioni per una molteplicità di scopi³⁶. I sistemi di identificazione biometrica, in particolare, contribuiscono a esercitare le diverse forme di c.d. “*dataveillance*” (forma contratta di *data-surveillance*), intesa come “impiego sistematico dei dati personali per indagare o monitorare le azioni o le comunicazioni di una o più persone”³⁷. I diritti finalizzati alla protezione dei propri dati, così, acquisiscono una particolare valenza, poiché servono a resistere a queste forme di controllo e limitarne gli impieghi, pur legittimi, offrendo così salvaguardia al libero sviluppo della personalità ed ai rapporti con gli altri consociati in un universo di relazioni *online*³⁸.

In stretta connessione con i diritti fin qui richiamati vi è quello all’identità personale – considerabile come il «diritto ad essere sé stesso, inteso come rispetto dell’immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l’individuo»³⁹ – e quello legato alla proiezione del sé nel mondo virtuale, ovvero l’identità digitale⁴⁰. Si è osservato come la rete, in ragione soprattutto del processo di datificazione sopra menzionato, è in grado di operare una frammentazione e successiva ricomposizione della personalità di un individuo, offrendo più rappresentazioni che costituiscono proiezioni parziali e legate a contesti specifici, e «proprio per questo motivo facilmente non (del tutto) veritiere e pertanto meritevoli di formare oggetto di tutela»⁴¹.

Le tecnologie di identificazione biometrica sono in grado di favorire enormemente questi processi di frammentazione, nella misura in cui sono in grado di “leggere” i tratti intrinsecamente unici delle persone e trasformarli in dati. In questo caso l’interferenza con il diritto all’identità digitale non si verifica tanto nell’attività di identificazione in senso stretto, quanto soprattutto nell’estrazione dai dati biometrici delle ulteriori informazioni che posso ricavarsi – legate, ad esempio, al sesso, l’etnia, l’età –, oppure all’attività di controllo e tracciamento che così diviene possibile – in termini, ad esempio, di abitudini o preferenze –. Queste informazioni possono essere impiegate per realizzare una massiccia opera di categorizzazione e profilazione delle persone⁴². Il singolo individuo viene così ricondotto all’interno di gruppi (c.d. *clusters*) accomunati da simili elementi informativi e, per ciò stesso, diviene oggetto di decisioni che si attagliano a quello specifico profilo o categoria, prescindendo completamente dalla sua individualità, in coerenza con il sottolineato processo di frammentazione della propria identità⁴³.

Da ultimo non si può tacere uno degli aspetti che destano maggiore allarme, ovvero i fenomeni discriminatori che possono insorgere a seguito dell’impiego di tecnologie di identificazione biometrica; soprattutto quando le informazioni raccolte vengono poste a fondamento di decisioni che impattano su altri diritti fondamentali, a partire dalle limitazioni alla libertà personale.

Anche sotto questo punto di vista, queste tecnologie offrono una prospettiva privilegiata per comprendere i fattori che stanno alla base delle ipotesi di discriminazione nascenti dalla sottoposizione a sistemi algoritmici. Si fa riferimento ai c.d. *bias*, ovvero le “distorsioni” presenti all’interno dei sistemi informatici e responsabili dei fenomeni discriminatori.

³⁶ Cfr. V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big Data: A Revolution that will Transform How We Live, Work and Think*, John Murray, London, 2013, 154 ss.; C. SARRA, *Il mondo-dato. Saggi su datificazione e diritto*, Cleup, Padova, 2019, spec. 29 ss.

³⁷ Cfr. R. CLARKE, *Information Technology and Dataveillance*, in *Communications of ACM*, 5, 31, maggio 1988, 499 (trad. nostra).

³⁸ S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, cit., 603.

³⁹ Riprendendo *Corte cost., sent. n. 13/1994*, 5.1 cons. dir. Più ampiamente, v. G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. V, 2010, 721 ss.

⁴⁰ Sul punto, v. ampiamente I. TARDIA, *L’identità digitale tra memoria ed oblio*, ESI, Napoli, 2017, spec. 66 ss.

⁴¹ Cfr. S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell’identità personale nel quadro dell’evoluzione tecnologica*, cit., 496 ss.

⁴² Cfr. M. HILDEBRANDT, *Defining Profiling: A New Type of Knowledge?* in M. Hildebrandt, S. Gutwirth (a cura di), *Profiling the European Citizen. Cross-Disciplinary Perspectives*, Springer, Dordrecht, 2008, 17 ss.; F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *Federalismi.it*, 11, 2020, 89 ss.

⁴³ V. ancora G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale*, cit., 60 ss.

Nell'ampia casistica delle “distorsioni” che possono affliggere tali sistemi⁴⁴, basti qui soffermare l'attenzione su quelle che si insidiano principalmente all'interno dei dati impiegati per “allenare” gli algoritmi a identificare le persone (*training set*). Gli algoritmi che operano automaticamente l'identificazione biometrica, infatti, possono veder compromessa la propria accuratezza e portare a risultati discriminatori se “allenati” con dati storici che riflettono pregiudizi impliciti, o se i dati campionati offrono una rappresentazione statisticamente distorta di gruppi rispetto al complesso della popolazione. Da questo punto di vista, le immagini impiegate – ad esempio – nel riconoscimento facciale dovrebbero rispecchiare la varietà dei tratti fenotipici delle persone, in relazione a sesso, età, origine etnica: maggiore è il “pluralismo” dei dati utilizzati, tendenzialmente maggiore sarà l'accuratezza del sistema nell'identificare le persone⁴⁵. Recenti studi, tuttavia, dimostrano come le persone dalla pelle nera e le donne risultino fortemente sottorappresentati nella costruzione dei *dataset*, al punto che le donne dalla pelle scura provocano tassi di errore nel riconoscimento facciale di gran lunga maggiori rispetto agli uomini dalla pelle chiara di origine caucasica⁴⁶.

Il tema delle c.d. *algorithmic discriminations* è ben approfondito nella dottrina, ove spesso vengono sottolineati anche i limiti della legislazione vigente, europea e nazionale, nel contrasto a questi fenomeni, i quali difficilmente risultano riconducibili alle categorie tradizionali di discriminazione diretta e indiretta⁴⁷. Ai fini del presente discorso si vuole sottolineare innanzitutto come le discriminazioni prodotte dalle tecnologie di identificazione biometrica originano proprio da alcuni degli stessi elementi che la Costituzione ritiene non dovrebbero fondare distinzioni irragionevoli, secondo la formulazione del principio di eguaglianza formale all'art. 3, c. 1, tra cui il sesso o la razza. Tuttavia, le discriminazioni possono andare a colpire persone maggiormente bisognose di tutela, risolvendosi in una forma di lesione dei diritti che discende direttamente dalla reale condizione soggettiva e sociale di svantaggio in cui si trova tale persona, in antitesi con gli obblighi di protezione della Repubblica derivanti dal principio di eguaglianza sostanziale all'art. 3, comma 2, Cost., che imporrebbe invece una particolare attenzione nei loro confronti e nei confronti della situazione di vulnerabilità in cui si trovano⁴⁸.

È il caso dell'impiego di queste tecnologie, fra l'altro, verso i minori, gli anziani e le persone affette da disabilità. Anche rispetto a queste categorie di soggetti i sistemi di identificazione biometrica presentano seri problemi di accuratezza, dando luogo ad un tasso di falsi-positivi o falsi-negativi maggiore rispetto ad altri soggetti. In relazione all'età, infatti, occorre prestare la dovuta attenzione alla caducità temporale e all'alterazione degli elementi fisici usati per l'identificazione. Rispetto ai minori, in particolare, la rapida crescita e i cambiamenti nella fisionomia facciale del periodo evolutivo rendono estremamente difficoltosa l'identificazione basata sui tratti del volto⁴⁹. In

⁴⁴ In generale sul fenomeno dei *bias* – che possono riguardare i *training set*, o i dati processati per assumere le singole decisioni, o ancora il modo con cui l'algoritmo viene progettato e realizzato – per la letteratura specialistica, anche informatica, v. S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in [California Law Review](#), 104, 2016, 671 ss.; M. VEALE, R. BINNS, *Fairer machine learning in the real world: Mitigating discrimination without collecting sensitive data*, in [Big Data & Society](#), 4, 2017; J.A. KROLL, J. HUEY, S. BAROCAS, E.W. FELTEN, J.R. REIDENBERG, D.G. ROBINSON, H. YU, *Accountable Algorithms*, in [University of Pennsylvania Law Review](#), 165, 2017, 633 ss.; F.Z. BORGESIU, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Study for the Council of Europe, 2018.

⁴⁵ B.F. KLARE, M.J. BURGE, J.C. KLONTZ, R.W. VORDER BRUEGGE, A.K. JAIN, *Face recognition performance: Role of demographic information*, in [IEEE Transactions on Information Forensics and Security](#), 7, 6, 2012, 1789 ss.

⁴⁶ Un tasso di errore sulle prime che può arrivare fino al 34,7%, rispetto ai secondi che originano un tasso di errore pari allo 0,8%; sul punto, v. J. BUOLAMWINI, T. GEBRU, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, in [Proceedings of Machine Learning](#), 81, 2018, 77 ss.; C.M. COOK, J.J. HOWARD, Y.B. SIROTIN, J.L. TIPTON, A.R. VEMURY, *Demographic effects in facial recognition and their dependence on image acquisition: An evaluation of eleven commercial systems*, in [IEEE Transactions on Biometrics, Behavior, and Identity Science](#), 1, 1, 2018, 32 ss. Una diversa tecnica di analisi viene impiegata invece in P. GROTH, M. NGAN, K. HANAOKA, *Face Recognition Vendor Test (FRVT). Part 3: Demographic Effects*, cit., 3 ss.

⁴⁷ Sul punto, basti rinviare a C. NARDOCCI, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, disponibile nella versione provvisoria sul [sito](#) dell'Associazione “Gruppo di Pisa”.

⁴⁸ Più ampiamente, v. G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale*, cit., 108 ss.

⁴⁹ P. GROTH, M. NGAN, K. HANAOKA, *Face Recognition Vendor Test (FRVT). Part 3: Demographic Effects*, cit., 2. Si osserva in FRA, *Under watchful eyes – biometrics, EU IT-systems and fundamental rights*, cit., 90, che per

relazione alle disabilità, in aggiunta, occorre tener conto delle conseguenze derivanti da incidenti occorsi o sindromi specifiche che rendono del tutto atipico, e strettamente personale, lo stato morfologico e comportamentale di una persona⁵⁰. Piuttosto che trascurare o accentuare la condizione di debolezza di questi soggetti, dunque, i pubblici poteri dovrebbero attivare tutti gli strumenti a disposizione per favorire l'impiego di queste tecnologie, in piena coerenza con gli indirizzi formulati dall'Unione europea, secondo una prospettiva autenticamente "antropocentrica"⁵¹, che sottometta cioè la tecnologia al servizio della persona e non lasci quest'ultima in balia della tecnologia e, soprattutto, di coloro che possono sfruttarla.

6. *L'esigenza di una regolamentazione giuridica all'altezza della sfida.*

Quest'ultima considerazione offre lo spunto per rimarcare l'importanza della regolamentazione giuridica nel definire le condizioni per l'impiego di questi strumenti tecnologici, o nel porre un argine al relativo sviluppo che possa quanto meno indirizzare, se non dirigere, l'evoluzione esponenziale cui si è fatto sopra riferimento; sino alle ipotesi in cui, a mali estremi, il ricorso ad una certa tecnologia debba essere vietato, ad esempio, per perseguire certe finalità, se non *tout court*⁵². È quanto sta accadendo – come detto – a livello europeo con la bozza di regolamento sull'IA, nonostante le autorità a garanzia della protezione dei dati personali abbiano sollevato perplessità per come è stata impostata la disciplina sul punto, rimarcando la necessità di un approccio più restrittivo che giunga a bandire l'impiego delle tecnologie di identificazione biometrica negli spazi pubblici, oltre all'impiego di analoghe tecnologie in grado di categorizzare le persone in gruppi in base a fattori come l'etnia o il genere⁵³. Di converso, negli Stati Uniti, ove notoriamente manca una disciplina a livello federale sulla protezione dei dati personali analoga al GDPR, si assiste nel più recente periodo all'adozione da parte dei singoli Stati, o addirittura delle singole città, di una disciplina rivolta variamente a questi sistemi, con la quale si stabiliscono moratorie o se ne vieta per un certo periodo di tempo l'uso da parte di determinati soggetti, siano essi privati o più spesso pubblici, come le forze di polizia, o per determinati impieghi, come all'interno delle scuole⁵⁴. Affinché il diritto assolva a questo compito cruciale, tuttavia, occorre che vengano soddisfatte almeno due condizioni.

La prima – riprendendo uno spunto offerto, da ultimo, dalla prof.ssa De Minico – è che venga affermata con maggior vigore la presenza dello Stato – o meglio, dei vari livelli di governo coinvolti nella regolazione di questo tipo di tecnologie, a partire dall'Unione europea, ma anche da parte dei

compromettere l'accuratezza del riconoscimento è sufficiente che le immagini facciali registrate in gioventù vengano confrontate con immagini dello stesso soggetto dopo che siano trascorsi solamente cinque anni. Per questo, più in generale, si è verificato come lo stato attuale della tecnologia renda meno affidabile l'analisi di immagini di bambini al di sotto dei tredici anni.

⁵⁰ Cfr. S. BYRNE-HABER, *Disability and AI-Bias*, in [Medium](#), 11 luglio 2019.

⁵¹ Così a partire da EUROPEAN COMMISSION, *Communication "Artificial Intelligence for Europe"*, COM(2018) 237 final, 25 aprile 2018, secondo una prospettiva sviluppata poi in ID., *Communication "Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence"*, COM(2019) 168 final, 8 aprile 2019, e ID., *White Paper "On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust"*, COM(2020) 65 final, 19 febbraio 2020.

⁵² Spunti sulla necessità che il diritto "guidi" e "orienti" la tecnologia anche in A. PAJNO ET AL., *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in [BioLaw Journal](#), 3, 2019, 215.

⁵³ Cfr. EDPB-EDPS, *Joint Opinion 5/2021 on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*, 18 giugno 2021.

⁵⁴ Lo Stato di Washington è stato il primo ad adottare una legislazione organica "Concerning the use of facial recognition services" da parte delle autorità pubbliche, comprese le forze di polizia, firmata dal Governatore il 31 marzo 2020, che produce effetti a partire dal luglio 2021, mentre il 17 giugno il Maine ha approvato "An Act To Increase Privacy and Security by Regulating the Use of Facial Surveillance Systems by Departments, Public Employees and Public Officials", che entrerà in vigore il 1 ottobre 2021. Lo Stato di New York ha invece disposto una sospensione con riguardo all'impiego negli istituti scolastici (*Governor Cuomo Signs Legislation Suspending Use and Directing Study of Facial Recognition Technology in Schools*, in [Urban CNY](#), 22 dicembre 2020), mentre la California l'8 ottobre 2019 aveva già deciso una sospensione nei confronti delle forze dell'ordine. La prima città che, dal maggio 2019, ha approvato il divieto per le forze dell'ordine di ricorrere a tali tecnologie è stata San Francisco.

singoli Stati, nell'esercizio delle proprie prerogative sovrane in ambiti come la protezione dei dati personali o la tutela dell'ordine pubblico, o le Regioni e gli enti locali, a partire dagli interventi e le scelte *latu sensu* normative che sono chiamati a compiere⁵⁵. Non è più ammissibile che la regolazione di queste tecnologie sia devoluta ad operatori privati, mossi prevalentemente da finalità lucrative, e che i regolatori pubblici si lascino "catturare" dal soggetto regolato, il quale riesce a imporre il proprio punto di vista⁵⁶.

Questa esigenza consente di sottolineare la seconda condizione che deve realizzarsi, ovvero la necessità che le autorità pubbliche esercitino un certo grado di "fantasia" regolativa, dal momento che difficilmente la legge, di per sé sola, si dimostrerà in grado di veicolare una disciplina efficace ed effettiva nei confronti di queste tecnologie. Le fonti normative tradizionalmente concepite come interventi eteronomi che, seguendo una traiettoria *top-down*, si calano dall'alto per disciplinare un certo fenomeno, vantano una pretesa che è destinata a rivelarsi fallace. Le considerazioni svolte sopra circa il ruolo dei soggetti privati, la velocità con cui l'oggetto della disciplina si evolve o l'extraterritorialità della dimensione tecnologica, militano proprio in questo senso.

Con una certa dose di realismo occorre prendere atto del concorso di una serie di strumenti che già allo stato attuale, di fatto, offrono una cornice regolativa, per quanto disorganica, a tecnologie come quelle di identificazione biometrica e, più in generale, a quelle che si basano sull'intelligenza artificiale. Si pensi alle forme di autoregolazione spontanea formulata dagli stessi sviluppatori e fornitori di queste tecnologie⁵⁷; le ipotesi di co-regolazione che i destinatari della disciplina concorrono ad adottare con il più diverso coinvolgimento del decisore pubblico⁵⁸; gli standard, o norme tecniche, elaborati da organismi di standardizzazione tecnica, a livello internazionale o nazionale, allo scopo di garantire, ad esempio, la qualità dei dati processati e l'interoperabilità dei sistemi⁵⁹; lo stesso *design* con cui gli algoritmi e i sistemi di identificazione biometrica vengono concepiti e realizzati, sfruttando la valenza regolativa che il codice esprime e la sua attitudine a inverare le norme giuridiche e preservare i diritti alla cui tutela esse sono preposte⁶⁰; l'universo della *soft law* e le diverse forme che essa può assumere, dagli atti delle istituzioni dell'UE sino alle decisioni delle autorità amministrative indipendenti⁶¹. L'aspirazione cui il diritto può ambire è quella di coniugare l'adozione di regole e principi cogenti, la cui indispensabilità non può essere messa in

⁵⁵ Si veda il d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito con modificazioni con la legge 18 aprile 2017, n. 48, che istituisce i c.d. "Patti per l'attuazione della sicurezza urbana", sottoscritti tra il prefetto ed il sindaco, attraverso cui individuare interventi sulla sicurezza urbana, per obiettivi, tra l'altro, quali prevenzione e contrasto dei fenomeni di criminalità diffusa e predatoria anche «attraverso l'installazione di sistemi di videosorveglianza» (art. 5, c. 2, lett. a). Nell'ambito di tali patti, oltre che degli accordi conclusi tra Stato e Regioni per la promozione della sicurezza integrata ai sensi dell'art. 3, possono essere individuati specifici obiettivi per l'incremento dei servizi di controllo del territorio e per la sua valorizzazione, comprensivi anche di progetti «per la messa in opera a carico di privati di sistemi di sorveglianza tecnologicamente avanzati, dotati di software di analisi video per il monitoraggio attivo con invio di allarmi automatici a centrali delle forze di polizia o di istituti di vigilanza privata convenzionati» (art. 7, comma 1-bis).

⁵⁶ F. SARPI, *La regolazione di domani. Come adeguare il processo normativo alle sfide dell'innovazione*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 3, 2018, 439.

⁵⁷ Spunti su queste forme di *self-regulation*, e sui relativi limiti, in S. NAKAR, D. GREENBAUM, *Now you see me. Now you still do: facial recognition technology and the growing lack of privacy*, cit., 102 ss.

⁵⁸ I "codici di condotta" preposti alla protezione dei dati personali ne sono un chiaro esempio; sul punto, v. D. HIRSCH, *The Law and Policy of Online Privacy: Regulation, Self-Regulation, or Co-Regulation?*, in [Seattle University Law Review](#), 34, 2011, 439 ss.; A.R. POPOLI, *Codici di condotta e certificazioni*, in G. Finocchiaro (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia*, cit., 546 ss.

⁵⁹ In generale sul punto, v. A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 31 ss.; C. SCOTT, *Standard-Setting in Regulatory Regimes*, in M. Cave, R. Baldwin, M. Lodge (a cura di), *The Oxford Handbook on Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 104 ss.

⁶⁰ Imprescindibile il riferimento a L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999. In tema v. almeno R. Brownsword, K. Yeung (a cura di), *Regulating Technologies: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Hart Publishing, Oxford, 2008; M. HILDEBRANDT, *Smart technologies and the End(s) of Law. Novel Entanglements of Law and Technology*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015.

⁶¹ In generale, si veda la panoramica offerta in E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008; E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Giappichelli, Torino, 2018.

discussione, con una combinazione di questi strumenti regolativi atta ad indirizzarli verso la protezione di valori e interessi ritenuti meritevoli di tutela, anche nell'ottica dei rischi cui concretamente l'impiego di queste tecnologie può esporre, misurati sulla base di tecniche di valutazione di impatto che vengono valorizzate molto anche dalla più volte citata bozza di regolamento europeo sull'IA⁶².

Le sfide che le nuove tecnologie algoritmiche lanciano al diritto costituzionale sono molteplici e impegnative, a partire – come qui solamente accennato – dalle insidie nei confronti dei diritti fondamentali e la necessità di immaginare nuove forme di tutela, dalle forme di produzione normativa cui fare ricorso, dal rapporto fra regolatori e regolati: quella che si profila è forse una nuova stagione per il costituzionalismo⁶³, con la quale siamo chiamati a ripensare certe categorie affinché la tecnologia conservi la sua valenza strumentale, o comunque cooperativa nei confronti dell'essere umano, senza che essa, e chi ne fa uso, possano prendere il sopravvento.

⁶² Più approfonditamente sul punto, v. G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale*, cit., 287 ss.

⁶³ Cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, cit., 89. A questo riguardo da qualche anno si è iniziato ad esplorare e costruire il filone del “costituzionalismo digitale”, come tentativo di adattare i valori e gli istituti del costituzionalismo liberal-democratico al contesto tecnologico; cfr. C. PADOVANI, M. SANTANIELLO, *Digital constitutionalism: Fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system*, in *The international communication gazette*, 80, 4, 2018, 295 ss.; E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *International review of law, computers & technology*, 33, 1, 2019, 76 ss.; G. DE GREGORIO, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *International journal of constitutional law*, 19, 1, 2021, 41 ss.

Vitalba Azzollini - Alessandro Morelli
Romanzo emergenziale
Notazioni sulla disciplina in materia di Covid**

ABSTRACT: *The essay examines the regulation in the field of the health emergency, especially regarding the extension of the state of emergency and the obligation of vaccination. The Authors show that the public debate is based on political factors rather than on medical-scientific and legal reasons. The reconstruction of the exact regulatory framework is a necessary condition to allow accurate democratic control over the management of the emergency by the Government.*

SOMMARIO: 1. Due miti: la proroga dello stato di emergenza e la subordinazione dell'obbligo vaccinale all'autorizzazione definitiva dell'EMA. – 2. Presupposti e conseguenze della deliberazione dello stato di emergenza prevista dal Codice di protezione civile. – 3. L'inutilità delle proroghe dell'emergenza in rapporto agli strumenti di regolazione effettivamente impiegati. – 4. Vaccini "sperimentali" e autorizzazione condizionata. – 5. *Segue:* Le differenze tra l'autorizzazione condizionata dell'UE e l'autorizzazione per emergenza di altri paesi. – 6. La "mitologia dell'emergenza" e la necessità di un diffuso ed efficace controllo democratico sulle azioni istituzionali di contenimento della pandemia.

1. *Due miti: la proroga dello stato di emergenza e la subordinazione dell'obbligo vaccinale all'autorizzazione definitiva dell'EMA*

La si potrebbe intitolare "romanzo emergenziale", come una nota *fiction*, se non si trattasse di una situazione che va avanti da circa venti mesi, incidendo sulla vita di tutti. Il riferimento è alla pandemia, la gestione della quale, negli ultimi tempi, per alcuni versi si fonda su "narrazioni" che supportano l'adozione di particolari misure. Si allude soprattutto alle proroghe dello stato di emergenza, che si susseguono dal luglio 2020, e all'ipotesi d'introdurre un obbligo vaccinale generalizzato, ventilata dal presidente del Consiglio Mario Draghi nel corso di una recente conferenza stampa¹. Un obbligo attualmente previsto per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori d'interesse sanitario dall'art. 4 del d.l. n. 1° aprile 2021, n. 44 (conv., con modif., nella l. n. 28 maggio 2021, n. 76), esteso dal d.l. 10 settembre 2021, n. 122 ai lavoratori, anche esterni, impiegati in strutture residenziali, socioassistenziali e sociosanitarie,² e che si prospetta di ampliare, ricomprendendo altre categorie di lavoratori o addirittura a tutti i cittadini.

Sul primo versante, nonostante le proroghe dello stato di emergenza abbiano trovato ampio spazio nel dibattito pubblico, ponendosi al centro di accese dispute, esse risultano pressoché ininfluenti sulla normativa d'emergenza, prodotta quasi esclusivamente attraverso strumenti diversi da quelli previsti dal Codice di protezione civile.

Sul secondo versante, com'è noto, i più accesi oppositori dell'obbligo vaccinale reputano illegittimo imporre vaccini "sperimentali", quali sarebbero, secondo un'inesatta rappresentazione dei fatti, i vaccini anti-Covid somministrati in Europa (*BioNTech e Pfizer, Moderna, AstraZeneca,*

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

** Vitalba Azzollini è consigliere senior presso la Commissione nazionale per le società e la Borsa (CONSOB) e Fellow dell'Istituto Bruno Leoni. Le opinioni espresse in questo articolo sono esclusivamente dell'autrice e non coinvolgono l'istituzione per cui lavora. Alessandro Morelli è Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Messina. Il lavoro è frutto del contributo congiunto degli autori ma, in particolare, la stesura dei paragrafi 2, 4 e 5 si deve a V. Azzollini; quella dei paragrafi 3 e 6 ad A. Morelli. Il paragrafo 1 è stato scritto congiuntamente.

¹ [Conferenza stampa del Presidente Draghi tenuta il 2 settembre 2021](#) presso la Sala Polifunzionale della Presidenza del Consiglio.

² Le disposizioni sull'obbligo di vaccinazione non si applicano ai soggetti esenti dalla campagna vaccinale sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della Salute del 4 agosto 2021.

Johnson & Johnson)³. Per tali farmaci, infatti, è stata rilasciata un'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata ai sensi del [Regolamento \(CE\) n. 507/2006 della Commissione del 29 marzo 2006](#) che, come si vedrà meglio più avanti, non comporta affatto la riduzione dei controlli richiesti per la normale autorizzazione, ma soltanto la possibilità, per i produttori, di mettere a disposizione tutti i dati disponibili in un momento successivo a quello del rilascio dell'autorizzazione stessa. Anche tale peculiare procedura è entrata in una "narrazione" nella quale limiti squisitamente politici vengono continuamente confusi con vincoli di ordine scientifico e con ostacoli di carattere giuridico.

La distanza sempre più accentuata che separa quella che potrebbe chiamarsi la "mitologia dell'emergenza" dalla realtà dei dati medico-scientifici e da quella degli strumenti e dei limiti normativi costituisce un ostacolo di notevole portata all'esercizio di un controllo democratico sulle modalità di gestione della pandemia. Nelle notazioni che seguono si proverà a fare chiarezza in merito alle questioni sopra richiamate, sperando di fornire un contributo utile al dibattito in corso.

2. Presupposti e conseguenze della deliberazione dello stato di emergenza prevista dal Codice di protezione civile

Lo stato di emergenza relativo al rischio sanitario da Covid-19, originariamente disposto con deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, a seguito della dichiarazione di emergenza internazionale per il Coronavirus dell'Organizzazione mondiale della sanità (30 gennaio), ha costituito oggetto di diverse successive proroghe: la prima con deliberazione del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020, che lo ha esteso al 15 ottobre 2020; con successiva deliberazione del 7 ottobre 2020 è stato prolungato al 31 gennaio 2021; poi, la deliberazione del 13 gennaio 2021 ha ulteriormente prorogato l'emergenza al 30 aprile 2021; il 21 aprile 2021 lo stato di emergenza è stato esteso fino al 31 luglio 2021; infine, il 23 luglio è stata disposta un'ulteriore posticipazione della scadenza al 31 dicembre 2021.

Al fine di valutare la fondatezza di un'estensione dello stato in questione, serve preliminarmente una ricognizione normativa. Ai sensi del d.lgs. n. 1/2018 (c.d. "Codice della Protezione civile"), il Consiglio dei ministri «delibera lo stato d'emergenza di rilievo nazionale, fissandone la durata e determinandone l'estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi e autorizza l'emanazione delle ordinanze di Protezione civile» (art. 24).

Il Codice della Protezione civile divide le emergenze, connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo, in: *a*) quelle che possono essere affrontate in via ordinaria dai singoli enti e amministrazioni competenti; *b*) quelle che comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni, disciplinate e coordinate dalle Regioni; *c*) quelle che «in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento», essere fronteggiate a livello

³ Cfr., ad es., *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd decreto green pass*, a cura dell'Osservatorio per la legalità costituzionale, pubblicato in [Questione Giustizia](#), 4 agosto 2021, spec. 18, ove la proposta di prevedere una generalizzata obbligatorietà del vaccino viene definita «costituzionalmente discutibile, o comunque necessaria di seri e rigorosi approfondimenti, non solo in virtù della natura sperimentale dei vaccini utilizzati, ma anche dalla mancanza di prova circa la sua capacità di limitare il contagio (effetto sull'infezione e non solo sulla malattia)». In senso opposto, si v. R. BIN, *Replica al documento anti green-pass pubblicato da Questione giustizia*, in [LaCostituzione.info](#), 9 agosto 2021.

In senso critico sulla legittimità della vaccinazione obbligatoria anti-Covid cfr. ora anche A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in [Rivista AIC](#), 3/2021, 432 ss., il quale però rileva che «questi vaccini non sono affatto sperimentali come erroneamente si dice nel linguaggio comune (perché comunque già sperimentati in fast-track/partial overlap). Ma nemmeno sono pienamente sperimentati, come è sempre avvenuto finora per le somministrazioni vaccinali obbligatorie. E ciò perché il procedimento che ha presieduto alla loro autorizzazione rappresenta una figura intermedia nella sistematica degli atti di autorizzazione desumibile dai Regolamenti di settore» (441).

Sostiene, invece, l'esistenza di un obbligo costituzionale di imporre la vaccinazione, nell'attuale contesto, A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in [Giustizia Insieme](#), 15 settembre 2021.

nazionale. La pandemia rientra in quest'ultima area. Lo stesso Codice prevede che, al verificarsi degli eventi – attuali o imminenti – di cui alla lettera c), il Consiglio dei ministri deliberi lo stato d'emergenza, determinandone l'estensione territoriale e fissandone la durata (12 mesi, prorogabile per non più di 12 mesi). La dichiarazione di tale stato serve a far sì che la Protezione civile possa operare l'«insieme, integrato e coordinato, delle misure e degli interventi diretti ad assicurare il soccorso e l'assistenza [...] e la riduzione del relativo impatto, anche mediante la realizzazione di interventi indifferibili e urgenti» (art. 2).

Lo stato di emergenza, come detto, è già stato prorogato diverse volte, ma con alcuni dubbi circa i presupposti di tali proroghe⁴. Nel citato Codice si afferma che «il superamento dell'emergenza consiste nell'attuazione coordinata delle misure volte a rimuovere gli ostacoli alla ripresa delle normali condizioni di vita e di lavoro, per ripristinare i servizi essenziali [...], oltre che alla ricognizione dei fabbisogni [...], nonché dei danni subiti dalle attività economiche e produttive» (art. 2, comma 7). Già dopo la primavera 2020 le attività economiche erano ripartite, come quasi tutto il resto. Le chiusure successive sono avvenute in specifiche aree del territorio, in relazione a periodi di permanenza di certe situazioni epidemiologiche in zone di rischio qualificato come elevato. Gli scienziati hanno previsto con ampio anticipo l'arrivo delle diverse ondate di contagi: non si è trattato di eventi inaspettati o dall'evoluzione imprevedibile, quali sono quelli che legittimano la dichiarazione dell'emergenza o il suo prolungamento. Si sapeva cosa ragionevolmente aspettarsi, in modo da apprestare l'occorrente. Insomma, per restare in “emergenza” dovrebbe dimostrarsi che sta “emergendo” una situazione inattesa o un suo sviluppo inatteso, sì da richiedere «immediatezza di intervento», come sancito dal Codice della Protezione civile. *Lo stato di emergenza non è uno stato di prevenzione* – altrimenti l'emergenza dovrebbe essere permanente – e l'ordinamento dispone di strumenti “ordinariamente” precauzionali per operare azioni rapide in situazioni di bisogno⁵. Purtroppo, tra i pregiudizi al diritto causati dalla pandemia va rilevata anche una non corretta interpretazione del principio di precauzione, su cui si è ritenuto di fondare le successive proroghe dello stato di emergenza. Quest'ultimo, se pure consente all'autorità di agire cautelativamente in presenza di un rischio anche solo potenziale, non ha portata illimitata, ma va temperato con i principi di proporzionalità e adeguatezza: nessun provvedimento deve eccedere quanto è opportuno e necessario. E tutti gli interessi coinvolti (salute, iniziativa economica, istruzione ecc.) vanno sempre bilanciati per trovare la soluzione che comporti il sacrificio minore: la mera applicazione del principio di precauzione porterebbe a decisioni arbitrarie o irrazionali, se svincolato da criteri di commisurazione⁶. Invece, sin dall'inizio della pandemia è prevalso il concetto che limitazioni di libertà e diritti disposte copiosamente – e talora con atti carenti di motivazione, come nei casi di certe ordinanze regionali che hanno disposto svariate restrizioni, dalle attività economiche alle scuole in presenza – siano sempre giustificate, partendo dall'assunto che il diritto alla salute sia predominante su tutti gli altri e che, comunque, la precauzione non sia mai troppa.

⁴ Cfr., ad es., l'intervista di F. FERRAÙ a S. MANGIAMELI, dal titolo *Stato di emergenza. Legge contraria alla Costituzione, va cambiata*, in ilSussidiario.net, 14 luglio 2020.

⁵ Il codice degli appalti, per esempio, prevede l'aggiudicazione senza previa pubblicazione del bando di gara, tra l'altro, in casi connotati da urgenza (art. 63) e permette, «in circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio», l'immediata esecuzione dei lavori o di quanto indispensabile per rimuovere uno stato di pregiudizio (art. 163). Possono citarsi, inoltre, le ordinanze contingibili e urgenti del ministro della Salute, in tema di igiene e sanità pubblica, di cui alla legge sul Servizio Sanitario Nazionale (l. n. 833/1978).

⁶ Sul principio di precauzione, cfr. G.A. Chiesi, M. Santise (a cura di), *Diritto e Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2020; sul rapporto fra principio di precauzione e principio di proporzionalità, sia consentito rinviare a V. AZZOLLINI, G. BOGGERO, *Il T.A.R. Piemonte rigetta la richiesta di annullamento dell'ordinanza del Presidente della Giunta regionale che ha prorogato l'attività didattica a distanza (DaD) (Nota a T.A.R. Piemonte, sentenza 12 dicembre 2020, n. 834)*, in [Il Piemonte delle Autonomie](http://IlPiemonte.delleAutonomie), 1/2021.

Per aspetti più generali, si rinvia, tra i tanti, ai contributi pubblicati nel fasc. n. 1/2020 della rivista [Diritti Regionali](http://DirittiRegionali); a quelli dell'*Osservatorio emergenza Covid-19* di Federalismi.it, 13 marzo 2020; a quelli apparsi in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 1/2020; nonché a F.S. Marini, G. Scaccia (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020; A. D'Aloia (a cura di), *La tempesta del Covid. Dimensioni bioetiche*, FrancoAngeli, Milano, 2021; I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

La proroga dello stato di emergenza sembra tesa a consentire la prosecuzione di questa “narrazione”. Né tale stato può essere considerato sinonimo di urgenza: ad esempio, quella di concludere le vaccinazioni, che è parsa rappresentare la giustificazione dell’ultima proroga. Altrimenti, lo stato emergenziale potrebbe essere dichiarato in occasione di diverse situazioni che presentano una qualche istanza urgente – dall’implementazione delle riforme necessarie al blocco degli sbarchi di stranieri irregolari a molto altro – e finirebbe per coincidere con quello ordinario nel Paese.

3. L’inutilità delle proroghe dell’emergenza in rapporto agli strumenti di regolazione effettivamente impiegati

Se, dal punto di vista sostanziale, possono avanzarsi dubbi sulla sussistenza dei presupposti che giustificerebbero le ripetute proroghe dello stato di emergenza, da un punto di vista formale è poi dato riscontrare un paradosso: la stragrande maggioranza delle misure emergenziali è stata adottata con strumenti normativi diversi da quelli previsti dal Codice della Protezione civile e consentiti dalla deliberazione dello stato di emergenza nazionale. In base a quanto prevede l’art. 25, comma 1, del d.lgs. n. 1/2018, infatti, tale deliberazione, per il coordinamento dell’attuazione degli interventi da effettuare, consente di adottare ordinanze «in deroga ad ogni disposizione vigente», nei limiti e con le modalità indicati nella stessa deliberazione dello stato di emergenza e «nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico e delle norme dell’Unione europea».

Se si guardano le ordinanze di Protezione civile finora adottate per gestire l’emergenza sanitaria, si rimane colpiti sia dall’esiguità del numero delle stesse (soprattutto se paragonata al profluvio di decreti-legge e soprattutto di d.p.c.m. e di ordinanze contingibili e urgenti emanati a partire dall’inizio della pandemia⁷) sia dalla modesta portata dei loro contenuti: a titolo d’esempio, si pensi che le ordinanze di protezione civile adottate negli ultimi cinque mesi in relazione all’emergenza sanitaria, hanno provveduto soltanto a prorogare gli incarichi delle figure professionali necessarie nelle Regioni Abruzzo e Sicilia (ordinanze n. 781 del 28 maggio e n. 784 del 12 luglio 2021). Si tratta certo d’interventi importanti, la cui adozione, tuttavia, potrebbe forse prescindere dalla stessa proroga dello stato d’emergenza *ex art. 24, comma 3, del d.lgs. n. 1/2018*, potendo essi inserirsi eventualmente in uno dei provvedimenti emergenziali aventi forza di legge adottati contestualmente.

Tutte le principali misure limitative delle libertà costituzionali sono state introdotte con d.p.c.m., che hanno trovato e continuano a trovare la propria copertura legale nei decreti-legge n. 19/2020, convertito dalla legge n. 35/2020, e n. 33/2020, convertito dalla legge n. 74/2020, più volte modificati, mentre l’istituzione del Commissario straordinario per l’attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e il contrasto dell’emergenza è stata prevista dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv., con modif., nella l. 24 aprile 2020, n. 27).

Lo “stato di emergenza”, richiamato senza più fare riferimento al d.lgs. n. 1/2018, ha finito con il diventare una sorta di “clausola di stile”, impiegata nei più recenti atti normativi in materia, come il d.l. 23 luglio 2021, n. 105, che ha provveduto alla sua ultima proroga in ordine di tempo, e il d.l. n. 6 agosto 2021, n. 111, che ha introdotto ulteriori misure urgenti per l’esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti. Una “clausola di stile” con la quale si è cercato finora di dare continuità a un “romanzo emergenziale” che, dal punto di vista normativo, in diversi momenti è apparso privo di una trama consequenziale.

⁷ In merito, le posizioni della dottrina sono apparse divergenti. Oltre ai contributi richiamati nella precedente nota, si confrontino i diversi punti di vista di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in [Il diritto pubblico della pandemia](#), in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, II, Genova, 2020, 9 ss. e di G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in [unicost](#), 4 ottobre 2020.

Per un quadro ricostruttivo dell’alluvionale normativa in materia di Covid-19, sia consentito rinviare ad A. MORELLI, *I rapporti tra i livelli di governo alla prova dell’emergenza sanitaria*, in *Quad. cost.*, 4/2020, 747 ss.

Stando al Codice della Protezione civile, il limite temporale di prorogabilità dello stato di emergenza nazionale, come si è detto, è di due anni. Cosa succederà alla scadenza del termine ultimo, il 31 gennaio 2022, qualora si dovesse ravvisare l'esigenza di estendere ancora tale stato? Essendo il limite previsto da un atto avente di forza di legge, è certo possibile un'ulteriore proroga, disposta da un decreto legge, come del resto è accaduto per l'ultima. Il superamento del termine biennale, tuttavia, sancirebbe un distacco definitivo dello "stato di emergenza nazionale" dalla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 1/2018, facendone una condizione, allo stato, priva di una propria normazione di riferimento. A ciò deve aggiungersi che si renderebbe ancor più urgente uno stretto scrutinio di costituzionalità sulla ragionevolezza di misure restrittive di diritti fondamentali protratte oltre il termine massimo previsto dal legislatore per la durata di un'emergenza nazionale.

L'estensione temporale dell'emergenza non è il solo nodo della regolazione in materia. Un altro tema sul quale il dibattito pubblico e la stessa attività di produzione normativa faticano a seguire un filo logico è quello dell'obbligo vaccinale e, in particolare, della possibilità di estenderlo a categorie diverse da quella degli operatori sanitari e, da ultimo, dei lavoratori nelle residenze sanitarie e assistenziali (RSA).

4. Vaccini "sperimentali" e autorizzazione condizionata

Nel corso di una conferenza stampa, rispondendo a una domanda sull'obbligo vaccinale, Mario Draghi è parso affermare che si potrà ricorrere al metodo coercitivo solo quando l'autorizzazione ai vaccini da parte dell'Agenzia europea per i medicinali (EMA) sarà "standard", cioè non più condizionata com'è attualmente, analogamente a quanto avvenuto negli Stati Uniti poche settimane fa dalla statunitense *Food and Drug Administration* (FDA) per il vaccino *Pfizer-Biontech*. Anche tale dichiarazione, tuttavia, sembra collocarsi all'interno di una "narrazione" meritevole di una più attenta analisi.

Come si legge sul sito *web* dall'Istituto Superiore di Sanità (ISS)⁸, gli studi sui vaccini contro Covid-19 «sono iniziati nella primavera 2020 e in meno di un anno (a dicembre 2020) l'EMA ha raccomandato di concedere la prima autorizzazione all'immissione in commercio condizionata (Comirnaty, della ditta BioNTech/Pfizer)» e subito dopo ne ha concesse altre. Come si legge ancora sul sito dell'ISS, «il processo di sviluppo ha subito un'accelerazione senza precedenti a livello globale. Eppure, nessuna tappa del processo è venuta meno». In particolare, alla velocizzazione hanno concorso diversi fattori, quali «studi sui coronavirus umani correlati al SARS-CoV-2 [...], ingenti risorse umane ed economiche messe a disposizione in tempi stretti, conduzione parallela delle varie fasi di valutazione e di studio, produzione del vaccino parallelamente agli studi e al processo di autorizzazione, ottimizzazione della parte burocratica/amministrativa, valutazione da parte delle agenzie regolatorie dei risultati ottenuti, man mano che questi venivano prodotti (*rolling review*) e non, come generalmente si usa fare, solo dopo il completamento di tutti gli studi». Le procedure necessarie per l'approvazione dei vaccini contro il Covid-19 sono state condotte «in base agli stessi standard (norme, procedure e protocolli) utilizzati per autorizzare qualsiasi altro farmaco o vaccino», ma «effettuate in tempi e con modalità molto più agili del normale». Infatti, l'EMA «si avvale di procedure rapide di analisi, valutando i dati che via via si rendono disponibili. Nelle situazioni di emergenza, questa procedura garantisce una valutazione il più veloce possibile e, al contempo, completa e approfondita di tutti i requisiti necessari in termini di sicurezza, efficacia e qualità del vaccino». Dunque, l'autorizzazione condizionata all'immissione in commercio, qual è quella data per il vaccino anti-Covid, da un lato, «soddisfa i rigorosi standard UE su sicurezza, efficacia e qualità», dall'altro lato, rappresenta lo strumento cui si ricorre quando «il beneficio della disponibilità immediata di un farmaco supera chiaramente il rischio legato al fatto che non tutti i dati sono ancora disponibili. L'autorizzazione condizionata si basa infatti su dati meno completi rispetto a quelli

⁸ In [EpiCentro](#), 7 gennaio 2021.

richiesti per una ‘normale’ procedura di approvazione e immissione in commercio. Tuttavia, una volta concessa, le aziende sono obbligate a fornire entro determinate scadenze ulteriori dati per confermare che «i benefici continuano a superare nettamente gli eventuali rischi». In conclusione, un’autorizzazione condizionata rappresenta «a tutti gli effetti un’autorizzazione formale».

Una conferma di quanto chiarito dall’ISS, con una esposizione esaustiva e ricca di dettagli, si trova sul [sito della Commissione Europea](#): «Qualsiasi azienda che desideri commercializzare un vaccino nell’UE deve prima richiedere un’autorizzazione all’immissione in commercio per il vaccino». La domanda viene presentata all’EMA, «che valuta la sicurezza, l’efficacia e la qualità del vaccino. Se l’EMA formula una raccomandazione, la Commissione può procedere ad autorizzare la commercializzazione del vaccino sul mercato dell’UE. In risposta a minacce per la salute pubblica come l’attuale pandemia, l’UE dispone di uno strumento normativo specifico per consentire la rapida messa a disposizione di medicinali». Si tratta della procedura di autorizzazione all’immissione in commercio condizionata (CMA) «specificamente concepita per consentire una autorizzazione il più rapidamente possibile, non appena siano disponibili dati sufficienti. La procedura CMA fornisce all’UE un solido quadro per l’approvazione accelerata e per la sicurezza, le garanzie e i controlli post-autorizzazione». L’EMA svolge «un esame indipendente, approfondito e meticoloso di tutte le prove presentate dallo sviluppatore di vaccini. Il processo prevede diverse modalità di bilanciamento dei poteri e si basa su un sistema di valutazioni *inter pares* con molti esperti coinvolti: due relatori responsabili della valutazione, un valutatore (*peer reviewer*), comitati e gruppi di lavoro specializzati (ad esempio il comitato di valutazione dei rischi per la farmacovigilanza (PRAC) per quanto riguarda la sicurezza, il gruppo di lavoro “Biologia” per quanto riguarda la qualità) e infine il Comitato per i medicinali per uso umano dell’EMA (composto da membri di tutti i paesi dell’UE) che formula la raccomandazione».

Il comitato per i medicinali per uso umano (CHMP) dell’EMA formula «una raccomandazione soltanto se le prove dimostrano in modo convincente che i benefici della vaccinazione sono superiori agli eventuali rischi». La Commissione europea è giuridicamente responsabile dell’autorizzazione all’immissione in commercio. A seguito della suddetta raccomandazione del comitato per i medicinali, la Commissione verifica «la solidità di tutti gli elementi a sostegno dell’autorizzazione all’immissione in commercio, tra cui le motivazioni scientifiche, le informazioni sul prodotto, il materiale didattico per gli operatori sanitari, l’etichettatura e il foglietto illustrativo, gli obblighi per lo sviluppatore di vaccini, le condizioni d’uso e gli eventuali obblighi per gli Stati membri». Prima di prendere una decisione, «la Commissione consulta gli Stati membri responsabili della commercializzazione e dell’uso del prodotto sul loro territorio (procedura di comitato - procedura d’esame). Se la maggioranza qualificata degli Stati membri è favorevole, la Commissione può procedere all’adozione della decisione di autorizzazione», e così il vaccino può essere commercializzato in tutta l’UE, senza bisogno di ulteriori autorizzazioni nei diversi Stati membri.

Per velocizzare il processo di autorizzazione dei vaccini anti-Covid-19, a seguito della pandemia di coronavirus, «l’EMA ha istituito procedure d’esame accelerate per valutare le domande nel più breve tempo possibile, garantendo nel contempo solidi pareri scientifici». La chiave di volta è stata costituita dalle “revisioni cicliche”, che consentono all’EMA di «cominciare a valutare i dati relativi a medicinali o vaccini promettenti non appena vengono resi disponibili, anziché attendere la fine di tutte le fasi di sperimentazione. Grazie alle revisioni cicliche l’EMA può iniziare a valutare i dati mentre lo sviluppo è ancora in corso e prima che la casa farmaceutica presenti la sua domanda di autorizzazione all’immissione in commercio». «Questo procedimento riduce notevolmente i tempi normali di valutazione, continuando a garantire i principi di qualità, sicurezza ed efficacia».

Nell’ambito delle revisioni cicliche, «lo sviluppo, l’autorizzazione e il monitoraggio della sicurezza dei vaccini anti COVID-19, nonché la valutazione approfondita dei dati scientifici, sono stati affidati a una *task force* di esperti appositamente istituita per fronteggiare la pandemia», per «procedere molto più rapidamente».

Quando l’EMA concede un’autorizzazione all’immissione in commercio condizionata, tale autorizzazione «certifica che la sicurezza, l’efficacia e la qualità del vaccino sono comprovate e che

i benefici del vaccino sono superiori ai rischi, consentendo nel contempo agli sviluppatori di presentare dati supplementari sul vaccino anche dopo l'autorizzazione all'immissione in commercio (contrariamente alle autorizzazioni normali, per le quali tutti i dati devono essere presentati prima del rilascio)». Anche l'*iter* amministrativo della Commissione europea, in questi casi, si svolge rapidamente. Ad esempio, «la procedura standard per l'autorizzazione di un medicinale dura in media 67 giorni, di cui 22 per la consultazione degli Stati membri; avvalendosi delle disposizioni specifiche previste dal diritto dell'UE per le situazioni di emergenza, una volta ricevuta la raccomandazione dell'EMA la Commissione potrà procedere all'autorizzazione all'immissione in commercio entro soli 3 giorni».

La CMA è valida per un anno, con possibilità di rinnovo, e prevede per il suo titolare gli stessi diritti e responsabilità di un'autorizzazione standard. Inoltre, il titolare di una CMA ha obblighi specifici, tra cui il completamento o lo svolgimento di nuovi studi entro un determinato periodo di tempo per confermare che il rapporto rischi/benefici rimanga positivo.

Il monitoraggio post-autorizzazione dei vaccini ai sensi della CMA, «obbligo previsto dal diritto dell'UE», è definito dall'EMA come una pietra angolare della farmacovigilanza. «Il diritto dell'UE impone alle aziende produttrici di vaccini (titolari delle autorizzazioni all'immissione in commercio), alle autorità nazionali competenti e all'EMA di seguire una serie di procedure di monitoraggio (farmacovigilanza) in seguito all'autorizzazione di un prodotto». Inoltre, il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC) e l'EMA, in collaborazione con la Commissione, gli Stati membri e i partner europei e internazionali, hanno istituito «attività rafforzate di monitoraggio per l'efficacia, la copertura, la sicurezza e l'impatto dei vaccini [...], per raccogliere e analizzare i dati sulla vaccinazione forniti dalle autorità pubbliche di tutti gli Stati membri sull'efficacia e la sicurezza dei vaccini». «La trasparenza e la comunicazione», dice ancora la Commissione Ue, sono un elemento fondamentale «per mantenere e sostenere la fiducia della popolazione nei vaccini e nella vaccinazione».

5. Segue: le differenze tra l'autorizzazione condizionata dell'UE e l'autorizzazione per emergenza di altri paesi

Esposto il quadro dell'autorizzazione ai vaccini in sede europea, occorre chiarire le principali differenze tra l'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata dell'UE e l'autorizzazione per l'uso di emergenza rilasciata da alcuni altri paesi, tra cui gli Stati Uniti. Tali differenze possono aiutare a capire se un obbligo vaccinale in Italia potrebbe essere imposto sin d'ora.

Le informazioni si traggono dal sito della Commissione europea: «L'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata (CMA) segue un quadro solido e controllato e fornisce garanzie che un'autorizzazione di emergenza potrebbe non offrire. In realtà, l'autorizzazione per l'uso di emergenza non autorizza un vaccino, bensì l'uso temporaneo di un vaccino non autorizzato». A differenza di quest'ultima, «la CMA garantisce, da un lato, che tutti i controlli di farmacovigilanza e di fabbricazione, compresi i controlli per lotti per i vaccini e altri obblighi successivi all'approvazione, si svolgano in modo giuridicamente vincolante e siano valutati periodicamente dai comitati scientifici dell'EMA». In particolare, tale autorizzazione assicura «un rigoroso monitoraggio, attraverso il sistema di farmacovigilanza dell'UE, della sicurezza del medicinale in tutta l'UE», nonché «il monitoraggio della sicurezza post-autorizzazione e consente la raccolta di dati aggiuntivi in modo strutturato», con un piano di gestione del rischio (RMP) a carico delle aziende produttrici, concordato prima dell'autorizzazione, «che costituisce un elemento esecutivo dell'autorizzazione». Va ribadito che «tutti e 27 gli Stati membri dell'UE hanno formalmente sottoscritto la strategia dell'UE sui vaccini proposta dalla Commissione a giugno, convenendo congiuntamente di applicare la procedura di autorizzazione all'immissione in commercio condizionata attraverso l'Agenzia europea per i medicinali per i vaccini anti COVID-19».

Invece, un'autorizzazione per l'uso di emergenza, qual è quella della FDA negli Stati Uniti, «consente l'uso temporaneo di un medicinale a determinate condizioni, purché si verificino circostanze di emergenza. Contrariamente a quanto avviene nel caso di un'autorizzazione condizionata, il medicinale resta non autorizzato e non può essere immesso sul mercato». Anche in Unione Europea «le autorizzazioni per l'uso di emergenza sono consentite dalla legislazione farmaceutica dell'UE, ma l'uso di un vaccino per il quale uno Stato membro abbia rilasciato tale autorizzazione è limitato allo Stato membro in questione e sotto la sua esclusiva responsabilità».

Detto tutto questo, appare palese che, a differenza di quanto accaduto negli Stati Uniti, ove è stato necessario attendere un'autorizzazione piena per imporre un obbligo vaccinale ad alcune categorie di lavoratori, in Italia – così come negli altri Paesi UE – un obbligo potrebbe essere imposto sin d'ora. Tant'è che in Italia e in Francia medici e operatori sanitari, nonché lavoratori, anche esterni, nelle RSA sono già obbligati a vaccinarsi per poter continuare a svolgere la propria attività a contatto con il pubblico. Né potrebbe ipotizzarsi che l'obbligo attualmente sussista per tali categorie in ragione del lavoro svolto: se non ci fossero condizioni di sicurezza nella somministrazione, non sarebbe legittimo assoggettare chicchessia all'obbligo vaccinale. Inoltre, l'attività svolta dai sanitari e da soggetti che operano in particolari strutture non comporta l'assunzione di maggiori rischi rispetto ad altri lavoratori. Quindi, sotto il profilo del rischio, già ora l'autorizzazione condizionata EMA sarebbe sufficiente a supportare un obbligo vaccinale più esteso di quello già sancito, e finanche generalizzato, fermi restando i paletti da rispettare, indicati dalla giurisprudenza, su cui ci si soffermerà nel prosieguo.

6. La “mitologia dell'emergenza” e la necessità di un diffuso ed efficace controllo democratico sulle azioni istituzionali di contenimento della pandemia

Un'estensione dell'obbligo vaccinale non richiede la previa autorizzazione definitiva dell'EMA, così come la normativa inerente alla pandemia prescinde ormai, di fatto, dalle proroghe dello stato di emergenza nazionale. Detrattori e sostenitori delle politiche governative di contenimento del Covid attingono alla “mitologia dell'emergenza” per trarre elementi utili alle rispettive narrazioni.

Con particolare riguardo all'obbligo vaccinale, peraltro, la Corte costituzionale, ben prima dell'emergenza sanitaria, aveva precisato le condizioni in presenza delle quali un trattamento sanitario imposto può ritenersi compatibile con l'art. 32 Cost.: la sua previsione in una legge (o in un atto avente forza di legge) dello Stato; l'idoneità del trattamento stesso «non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri»; il fatto che il trattamento medesimo non deve incidere «negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili» (per la temporaneità e la scarsa entità delle stesse); la circostanza per cui, in caso di “danno ulteriore”, deve essere prevista comunque «la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria»⁹.

Riguardo all'equo indennizzo, inoltre, la legge 25 febbraio 1992, n. 210 lo prevede per «chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica» (art. 1, comma 1). La Corte costituzionale, peraltro, ha più volte dichiarato illegittima tale disposizione nella parte in cui non prevedeva il diritto all'indennizzo a favore di chi avesse riportato lesioni o infermità a causa di vaccinazioni non obbligatorie ma raccomandate dall'autorità sanitaria; e ciò sia perché nella pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici¹⁰, sia perché la ragione che fonda il diritto all'indennizzo sarebbe non già l'obbligatorietà del vaccino ma il «necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, laddove le conseguenze negative per

⁹ Corte cost., sent. n. 5/2018, punto 8.2.1 del *Considerato in diritto*; ma si v. già le sentt. nn. 307/1990 e 258/1994.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 118/2020, punto 3.3 del *Considerato in diritto*, che richiama le sentt. nn. 137/2019 e 5/2018.

l'integrità psico-fisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell'interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale»¹¹. L'equo indennizzo sarebbe, dunque, esigibile sin d'ora da parte di chi si fosse sottoposto a vaccinazione anti-Covid, pur non essendo obbligato, e riuscisse a dimostrare di avere riportato danni permanenti provocati dalla stessa vaccinazione.

Critiche radicali sono state mosse all'idoneità dei vaccini anti-Covid a soddisfare i requisiti richiesti per una loro imposizione, essendosi messa in dubbio la loro utilità per la salute pubblica, in ragione del fatto che tali vaccini non impedirebbero del tutto il contagio ma ne ridurrebbero il rischio e attenuerebbero le manifestazioni patologiche dell'infezione. Sono queste ultime, tuttavia, capacità che appaiono già sufficienti a dimostrare la compatibilità dell'obbligo vaccinale anti-Covid con l'art. 32 Cost., il quale non esige l'infallibilità assoluta del trattamento sanitario imposto, ma una qualche apprezzabile utilità dello stesso per la salvaguardia della salute collettiva.

È comunque già esploso un ampio contenzioso in materia (riguardo sia all'obbligo vaccinale previsto per gli operatori sanitari sia alla disciplina relativa al *green pass*), ma il quadro giurisprudenziale appare, almeno per il momento, univocamente orientato verso il riconoscimento della compatibilità dell'obbligo vaccinale e delle c.d. certificazioni verdi tanto con i principi costituzionali quanto con quelli del diritto dell'UE e della CEDU¹². Gli indirizzi giurisprudenziali sembrano, dunque, immuni alle diverse narrazioni che si contrappongono in merito all'emergenza sanitaria, le quali tendono a sovrapporre e a confondere dati medico-scientifici o giuridici e ragioni politiche. In un siffatto contesto, pure caratterizzato da una comunicazione (anche istituzionale) sovente incompleta o imprecisa, appare sempre più difficile esercitare un diffuso ed efficace controllo democratico sulle modalità di gestione dell'emergenza. Un simile controllo è, invece, quantomai necessario a impedire degenerazioni dell'assetto e delle dinamiche istituzionali, che potrebbero essere indotte dall'eccessivo protrarsi dell'emergenza.

¹¹ [Corte cost., sent. n. 118/2020](#), punto 3.4. del *Considerato in diritto*; ma si v. anche, tra le altre, le [sentt. nn. 417/2000, 107/2012, 268/2017](#).

¹² Per un quadro sintetico del contenzioso in materia si rinvia a S. CURRERI, *Sulla costituzionalità dell'obbligo di vaccinazione contro il COVID-19*, in [laCostituzione.info](#), 28 agosto 2021; e, se si vuole, ad A. MORELLI, *Risposte al Forum sulla vaccinazione in tempo di Covid-19*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2021, spec. 278 ss.

Michela Michetti

Diritto al silenzio e *insider trading*: il confronto tra Roma e Lussemburgo prosegue sulla via del dialogo

(Corte costituzionale, sentenza n. 84/2021)*

ABSTRACT: *With [decision n. 84/2021](#), the Constitutional Court declared the unconstitutionality of art. 187 – *quinquiesdecies* (d.lgs. n. 58/1998), relating to the crime of insider trading as it violates the right to remain silent (art. 24 Cost.). The Author analyzes the decision, highlighting how it is an important moment of dialogue with Court of Justice, aimed at protecting rights and freedoms in compliance with the European Charter of Fundamental Rights and the Italian constitutional tradition.*

SOMMARIO: 1. Diritto al silenzio e *insider trading* nella [sentenza n. 84 del 2021](#): i termini della questione. – 2. *Segue*: notazioni preliminari sul requisito processuale della rilevanza. – 3. La garanzia multilivello del diritto al silenzio. – 4. Il pronunciamento della Corte di Giustizia: il caso *D.B. c. Consob*. – 5. La tutela dei diritti fondamentali sulla via del dialogo tra Roma e Lussemburgo.

1. *Diritto al silenzio e insider trading nella sentenza n. 84 del 2021: i termini della questione.*

Con la [sentenza n. 84 del 2021](#) la Corte costituzionale si è pronunciata sull'eccezione di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione, seconda sezione civile, avente ad oggetto l'art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52)¹.

Più specificamente, la norma impugnata sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della Consob o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima Autorità, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate. Altrimenti detto, la disciplina relativa al c.d. reato di *insider trading* contrasterebbe (sanzionandolo) con il diritto al silenzio, il quale costituisce un'estensione delle garanzie proprie del diritto di difesa secondo la sua costante interpretazione e che, segnatamente, inerisce - come anche nel caso di specie - al "diritto di non collaborare alla propria incolpazione", ovvero al divieto di imporre ad un individuo l'obbligo di fornire informazioni dalle quali potrebbe derivare l'affermazione della propria responsabilità.

Tra i parametri costituzionali invocati e presuntivamente ritenuti lesi, vi è *in primis* l'art. 24 della Costituzione. Accanto ad esso, il giudice rimettente ha ritenuto ugualmente violati gli artt. 111 e 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU e all'art. 14, par. 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., in riferimento agli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

All'interno del quadro appena delineato la norma nazionale risulterebbe quindi in contrasto sia con la Costituzione sia con il diritto europeo e, finanche, con il diritto internazionale convenzionale, prospettando quindi un caso di doppia pregiudizialità. Per il vero, la sentenza in commento conclude un giudizio che la Consulta aveva in parte definito con la [sentenza n. 112 del 2019](#)²;

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ Così come introdotto dall'art. 9, comma 2, lett. b), della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004). L'art. 187-*quinquiesdecies* è stato modificato dal d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129. Nella sua versione attualmente in vigore, detto articolo, intitolato «Tutela dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob», è così formulato: "Fuori dai casi previsti dall'art. 2638 del codice civile, è punito ai sensi del presente articolo chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, ovvero non coopera con le medesime autorità al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza, ovvero ritarda l'esercizio delle stesse".

² Con cui la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale la disciplina sulla confisca contenuta nell'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998, nella parte in cui non circoscriveva la misura ablatoria amministrativa al profitto

mentre, per il profilo relativo all'eccezione di costituzionalità concernente l'art. 187-*quinquiesdecies*, la Corte si era riservata di decidere proprio in virtù della circostanza poco sopra riferita circa la dubbia compatibilità della norma stessa con il diritto europeo: detta disciplina è stata introdotta infatti nell'ordinamento italiano in esecuzione di uno specifico obbligo posto dalla direttiva 2003/6/CE e "costituisce, oggi, la puntuale attuazione di un'analoga disposizione del regolamento (UE) n. 596/2014, che ha abrogato la medesima direttiva".

Stando così le cose, con l'[ordinanza n. 117 del 2019](#)³, la Corte rinviava pregiudizialmente alla Corte di Giustizia la questione riguardante l'interpretazione e la validità, alla luce degli artt. 47 e 48 della CDFUE, della richiamata normativa europea⁴, la quale molto brevemente stabilisce che gli Stati membri sono tenuti a garantire, conformemente al loro ordinamento nazionale, l'irrogazione di opportune sanzioni amministrative nei confronti delle persone responsabili per l'omessa collaborazione o il mancato seguito dato nell'ambito di un'indagine, di un'ispezione o di una richiesta di informazioni. La disciplina europea sembrerebbe intestare in capo agli Stati stessi un potere/dovere di sanzionare il silenzio serbato in sede di audizione da parte di chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la responsabilità per un illecito punito con sanzioni penali o anche con sanzioni amministrative di natura punitiva.

Di qui il dubbio della Corte costituzionale la quale, prima di risolvere la prospettata questione di legittimità costituzionale sull'art. 187-*quinquiesdecies*, chiedeva al giudice europeo "chiarimenti" sulla portata ed il significato delle menzionate disposizioni europee ovvero se fossero da interpretare nel senso di consentire allo Stato membro di *non* sanzionare chi si rifiuti di rendere dichiarazioni di natura confessoria, e giungere, per questa via, a dichiarare l'illegittimità dell'impugnata norma nazionale. Oppure se fossero da interpretarsi nel senso di imporre agli Stati membri di sanzionare il silenzio serbato dal soggetto sospettato di abuso di informazioni privilegiate. In questo caso, veniva domandato di interpretare e, se del caso, valutare la validità e compatibilità della summenzionata disciplina di diritto europeo derivato con il principio *nemo tenetur se detegere* alla luce della Carta di Nizza, dell'art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

derivante dagli illeciti di *market abuse*. La decisione è stata commentata da G. L., *Proporzionalità della pena, sanzioni amministrative ed oggetto della confisca in una pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale in materia di insider trading in [Diritto Penale Contemporaneo](#)* del 13 maggio 2019.

³ Cfr. l'[ord. n. 117 del 2019](#), p.to 10 del *Considerato in diritto*, in cui la Corte afferma che "Nel già ricordato spirito di leale collaborazione tra corti nazionali ed europea nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali (...) questa Corte, prima di decidere sulla questione di legittimità costituzionale ad essa sottoposta, ritiene necessario sollecitare un chiarimento, da parte della Corte di giustizia UE, sull'esatta interpretazione ed eventualmente sulla validità, alla luce degli artt. 47 e 48 CDFU, dell'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/CE in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, nonché dall'art. 30, par., 1, lett. b), del regolamento (UE) n. 596/2014". Tra i numerosi commenti, v. A. RUGGERI, [Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali](#), in questa [Rivista 2019/II](#), 242 ss.; A. ANZON DEMMING, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in [Osservatorio AIC](#), n. 6/2019, 179 ss.; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in [Federalismi.it](#), 10 luglio 2019, 1 ss.; G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 2/2020, 317 ss.; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), fasc. 4/2019 del 2 luglio 2019.

⁴ E segnatamente dell'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003 relativa *all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato)* e dell'art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione, a tenore del quale, gli Stati membri, conformemente al diritto nazionale, provvedono affinché le autorità competenti abbiano il potere di adottare le sanzioni amministrative e altre misure amministrative adeguate in relazione almeno alle seguenti violazioni: (...) b) l'omessa collaborazione o il mancato seguito dato nell'ambito di un'indagine, un'ispezione o una richiesta di cui all'art. 23, par. 2.

2. Segue: notazioni preliminari sul requisito processuale della rilevanza.

Il caso di specie dal quale origina l'eccezione di costituzionalità ha ad oggetto un procedimento sanzionatorio all'esito del quale sono state irrogate gravose sanzioni pecuniarie ed interdittive a carico dell'amministratore di una società per non aver risposto alle domande poste dalla Consob, riguardanti il compimento di alcune operazioni finanziarie sospette (e, più precisamente, per aver ritardato le funzioni di vigilanza della Commissione nazionale per le società e la borsa, chiedendo ripetutamente il rinvio della data delle audizioni e, una volta presentatosi, per aver omesso di rispondere alle domande poste).

A ben guardare, la questione investe temi di particolare rilevanza: da un lato, lo stretto legame tra *market abuse* e diritto al silenzio (con specifico riguardo all'estensione delle garanzie penali alle violazioni finanziarie punite con sanzioni amministrative); dall'altro, il rapporto tra Corti nazionali ed europee sul tema della tutela dei diritti fondamentali.

Ma procediamo con ordine: la [sentenza n. 84](#), prima di entrare nel merito, ha respinto alcune eccezioni di inammissibilità sollevate dall'Avvocatura generale dello Stato e attraverso le quali la Corte ha avuto l'occasione di ritornare sulla nozione di rilevanza. In particolare, il rilievo della presunta irrilevanza della questione eccepita dalla parte resistente ha offerto al giudice delle leggi l'occasione di ribadire che la nozione di rilevanza non s'identifica con l'interesse della parte del giudizio *a quo*⁵.

Come noto, essa suggella il legame genetico tra giudizio principale e incidente di costituzionalità e riferisce il rapporto logico esistente tra questione di legittimità e questione di applicazione della legge⁶, da cui discende che la norma impugnata trovi applicazione nel giudizio *a quo* senza che coinvolga un interesse specifico delle parti, dal momento che il fine perseguito dal processo costituzionale coincide con la tutela dell'interesse pubblico al rispetto del principio di legalità costituzionale e non già con il soddisfacimento di "una determinata situazione giuridica soggettiva di una parte processuale"⁷.

Ribadito simile assunto, la Corte ha rammentato che la rilevanza della questione coincide tanto con l'applicazione della norma dubbia nel procedimento pendente innanzi al giudice *a quo* quanto con l'influenza che essa esercita sull'*iter* decisionale del giudice rimettente⁸. In questo modo, essa ha fotografato una nozione di rilevanza che coniuga i due versanti che sovente e specularmente la dottrina usa riferirvi, andando a confermare un quadro interpretativo vario, in cui confluiscono impostazioni anche diverse e talvolta *adattate* (o dettate) (d)alla peculiarità della singola questione di costituzionalità.

Ciò, come noto, per consentire alla Consulta stessa di raggiungere anche le cd. *zone franche* della giustizia costituzionale e, a questo fine, il requisito processuale della rilevanza si lascia coincidere ora con la mera applicabilità della norma ora con la stretta pregiudizialità (o necessaria influenza), ed anche – come nel caso del sindacato sulla legge elettorale – con una nozione più ampia⁹ la quale, trascendendo la più rigorosa accezione di influenza, è declinata a "generica utilità"¹⁰.

⁵ Già altrove, la Corte ha ribadito che in ogni caso la nozione di rilevanza «prescinde dagli ipotetici effetti di cui potrebbero concretamente beneficiare o meno le parti in causa del giudizio *a quo*, così nelle sentt. [n. 117/96](#), [98/97](#), [105/01](#), e ord. [297/01](#): cfr. E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, V ed., Torino 2016, 105.

⁶ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Art. 134*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 244 ss., per il quale "La rilevanza della questione infatti altro non è che quel rapporto logico fra questione di costituzionalità della legge e questione di applicazione di essa che, anche secondo il modello americano, rappresenta il presupposto essenziale perché il giudice possa e debba sindacare la costituzionalità".

⁷ Ancora A. PIZZORUSSO, *Art. 134*, cit., 246.

⁸ Cfr. p.to 2.1. del *Considerato in diritto*. Sulla c.d. necessaria influenza o stretta pregiudizialità si v. ancora E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 105, in cui si riferisce l'orientamento della Corte costituzionale circa l'esistenza di un «effettivo e concreto rapporto di strumentalità fra la risoluzione della questione di legittimità costituzionale e la definizione del giudizio».

⁹ [Corte cost. sent. n. 1 del 2014](#), decisione in cui la Corte allarga le maglie del giudizio sulla rilevanza vista "La peculiarità e (il) rilievo costituzionale del diritto oggetto di accertamento (...) che impone di assicurare la tutela del

3. La garanzia multilivello del diritto al silenzio.

Nel merito, invece, sono state ritenute fondate tutte le questioni sollevate dal giudice *a quo* e con riferimento a tutti i parametri invocati. I giudici di Palazzo della Consulta hanno scrutinato la questione anzitutto sotto il profilo dell'art. 24 Cost. e, come nell'[ordinanza n. 117 del 2019](#), della disposizione costituzionale in parola hanno riproposto una lettura estensiva, lasciandovi confluire – come già altrove¹¹ – il diritto al silenzio, ritenuto “un corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa”¹².

Un diritto che la Corte costituzionale ha nel tempo progressivamente ampliato «puntualizzando(ne) i profili “sostanziali” e dinamici»¹³, dapprima attraverso il coinvolgimento dell'imputato nella dialettica processuale, rendendolo parte attiva del contraddittorio¹⁴, e successivamente prevedendo l'opposta garanzia di difendersi attraverso il silenzio. Del resto, la disposizione costituzionale è stata da sempre intesa una disposizione *aperta* in grado di ricomprendere «un qualsiasi altro diritto, potere o facoltà»¹⁵, strumentale a garantire la più efficace dimostrazione dell'innocenza «da considerare il bene della vita costituente l'ultimo e vero oggetto di difesa»¹⁶. La c.d. *libertà dalle autoincriminazioni*¹⁷ non è che l'altro versante - per così dire - negativo del diritto di difesa previsto dall'art. 24 Cost. e, nella sua forma particolare di diritto al silenzio, è un diritto da “garanti(re) malgrado dal suo esercizio possa conseguire l'impossibilità di formazione della prova testimoniale”¹⁸.

L'accertamento del fatto di reato nonché compromettere la consistenza dell'impianto probatorio e, per conseguenza, la giustezza della decisione appaiono esigenze recessive rispetto al diritto di tutelare la libertà morale e la dignità dell'imputato¹⁹, il quale non può essere (costretto a divenire)

diritto inviolabile di voto, pregiudicato (...) da una normativa elettorale non conforme ai principi costituzionali, indipendentemente da atti applicativi della stessa, in quanto già l'incertezza sulla portata del diritto costituisce una lesione giuridicamente rilevante.”

¹⁰ In questo caso con riferimento alle norme penali di favore si v. ancora E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 105.

¹¹ [Corte cost. ordd. nn. 202 del 2004](#), [485](#) e [291 del 2002](#).

¹² Cfr. p.to 3.2 del *Considerato in diritto* lì dove si afferma che tale diritto garantisce «nel procedimento penale all'imputato la possibilità di rifiutare di sottoporsi all'esame testimoniale e, più in generale, di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande del giudice o dell'autorità competente per le indagini». Per una ricostruzione del rilievo costituzionale del diritto al silenzio si v. G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di Giustizia*, in [Dirittifondamentali.it](#) n. 1/2020, 11 gennaio 2020, 57 ss.

¹³ L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-cit., 54.

¹⁴ Il principio del contraddittorio sintetizza, come afferma A. POLICE, *Art. 24*, in A. Celotto - R. Bifulco - M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano 2006, 511, «il diritto a far valere le proprie ragioni» e «la partecipazione attiva delle parti al processo».

¹⁵ M. SCAPARONE, *Art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 84, per il quale la disposizione è volutamente generica cosicché «qualora l'esperienza dimostrasse e la coscienza collettiva riconoscesse l'utilità, ai fini di una più efficace difesa dell'imputato, di un qualsiasi altro diritto, potere o facoltà, questo dovrebbe immediatamente dirsi compreso nella garanzia offerta dalla norma in esame».

¹⁶ [Corte cost. sent. n. 175 del 1971](#).

¹⁷ Sul punto si v. ancora M. SCAPARONE, *Art. 24*, cit., 87 ss., L. PALADIN, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, 314.

¹⁸ Cfr. [ordd. nn. 485 del 2002](#) e [202 del 2004](#) e [291 del 2002](#) in cui la Corte ha affermato che “la regola della formazione della prova in contraddittorio non può vanificare l'esercizio del diritto al silenzio, che è espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, e costituisce perciò un corollario essenziale del diritto di difesa”.

¹⁹ Cfr. M. SCAPARONE, *Art. 24*, cit., 87: “Il rispetto dovuto alla libertà morale dell'inquisito e quindi l'esigenza di assicurare un certo grado di dignità ai metodi dell'investigazione giudiziaria hanno indotto a ravvisare nel diritto di difesa anche una componente per così dire negativa, rappresentata dal diritto di tale soggetto di non fornire le prove della propria eventuale colpevolezza e più in generale le prove suscettibili di pregiudicare lo svolgimento dei suoi assunti difensivi nel processo”; G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in AA.VV., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1674; V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 7; G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di Giustizia*, cit., 58-59: “Risale alla avversione illuministica nei confronti degli istituti dell'*Ancien régime* (...) l'idea che fosse *contra naturam* ottenere dall'imputato

l'accusatore di se stesso²⁰. La stessa giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la regola, riconducibile all'art. 24 della Costituzione, secondo cui l'imputato non è tenuto a rendere dichiarazioni a lui sfavorevoli²¹, costituendo, il diritto al silenzio, "irrinunciabile manifestazione del diritto di difesa"²² e, più in generale, del principio di non colpevolezza, caposaldo del nostro sistema di giustizia penale *ex art. 27, comma 2, Cost.*

Analogamente sul piano internazionale il riconoscimento del diritto al silenzio trova solida proiezione nella nutrita giurisprudenza della Corte di Strasburgo che già da tempo ha ricondotto tale diritto al cuore della nozione di *fair trial* *ex art. 6 CEDU*²³; così dello stesso viene fatta espressa menzione nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, il quale assicura all'art. 14, n. 3, lett. g) ad ogni individuo accusato di un reato il diritto a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole. Nella medesima direzione muove pure il riconoscimento del diritto al silenzio nel sistema giuridico europeo, lì dove esso trova piena tutela per effetto dell'art. 52, par. 3 della Carta, il quale stabilisce che, in caso di corrispondenza fra diritti enunciati dalla Carta e diritti garantiti dalla Convenzione EDU «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione» (ovvero nell'interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo), salvo che l'Unione non vi accordi una protezione più estesa²⁴.

Rispetto a simile sistemazione su cui poggia il diritto dell'imputato di restare in silenzio e di non concorrere alla propria incolpazione, alla Corte, però, non s'era ancora mai presentata l'occasione di verificare se tale diritto potesse ritenersi estensibile anche ai procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di tipo punitivo secondo i criteri *Engel* e di definirne l'ambito applicativo ovvero di considerare l'eventuale estensione del principio *nemo tenetur se detegere* in sede extrapenale²⁵. In virtù di tale circostanza, essa ha accolto il dubbio di costituzionalità prospettato dal giudice *a quo* per risolvere il quale ha sollevato domanda di pronuncia pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, chiedendo alla Corte di Giustizia di interpretare e verificare la compatibilità della già menzionata disciplina europea (art. 30, par. 1, lett. b), Regolamento UE n. 596/2014) con la Carta di Nizza (art. 47 e 48 CDFUE). Nella domanda di rinvio, la Consulta precisava peraltro che il diritto al silenzio non può giustificare né il rifiuto né il ritardo della persona interessata di presentarsi all'audizione disposta dalla Consob, purché sia garantito il diritto di non rispondere alle domande poste durante tale audizione. Garanzia questa che era appunto mancata nel caso di specie e di conseguenza la questione dell'estensibilità del diritto al silenzio (e delle garanzie penali) alle violazioni di natura finanziaria ha costituito il cuore del ragionamento iniziato nell'[ordinanza n. 117](#)

le conoscenze necessarie per condannarlo, poiché pretendere che l'imputato divenga accusatore di se stesso offende la dignità dell'essere umano".

²⁰ Sul punto ancora V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, cit., 118, il quale intende il diritto al silenzio o la libertà da autoincriminazioni un risvolto della più ampia libertà di ciascuno di non rendere dichiarazioni pregiudizievoli.

²¹ [Corte cost. sentt. nn. 190 del 1971, 2 del 1973 e 108 del 1976](#): in quest'ultima decisione la Consulta ha affermato che "Non è dubbio che, se l'imputato, alla domanda rivoltagli dall'inquirente sui suoi precedenti penali risponde in modo contrario al vero, egli incorre nelle sanzioni previste dall'art. 495 del codice penale. Ma non è esatto che, a tale domanda, egli sia tenuto a rispondere, essendo certo che può rifiutarsi di fornire le notizie, che in proposito gli vengano richieste, senza incorrere in alcuna responsabilità penale".

²² [Corte cost. sent. n. 361 del 1998; ordd. nn. 291 del 2002, 451 del 2002 e 485 del 2002](#).

²³ [Già nell'ord. n. 117 del 2019](#), al punto 7.2 del *Considerato in diritto*, la Corte costituzionale menziona le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo dalle quali emerge chiaro l'orientamento circa la consistenza del diritto al silenzio e la sua estensibilità anche nell'ambito dei procedimenti amministrativi *si v., ex multis*, Corte EDU, sentenza 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, par. 44; Corte EDU, sentenza 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, par. 52; Corte EDU, sentenza 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, par. 45 ed *ivi* altri riferimenti.

²⁴ Sul punto, v. M. MICETTI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano 2006, 147 ss., spec. 162.

²⁵ Il problema concernente la definizione dell'ambito operativo del diritto al silenzio in sede extrapenale si è posto spesso anche innanzi alla Corte dei conti, la quale, però, ha risolto la questione affermando la sussistenza di un obbligo di autodenuncia, ritenuto prevalente rispetto al silenzio. In particolare, secondo le Sezioni riunite prevarrebbe il superiore interesse di tutela dell'erario rispetto a quello del soggetto tenuto alla denuncia e indipendentemente dagli effetti che ne possano scaturire, cfr. Corte dei conti, sez. riunite, sentenza 30 gennaio 2017, n. 2.

del 2019 e poi concluso con la [sentenza n. 84](#) che – sullo sfondo dell’impianto normativo ed interpretativo nazionale, europeo ed internazionale – è andata a saldarsi col *decisum* del giudice comunitario²⁶.

4. Il pronunciamento della Corte di Giustizia: il caso D.B. c. Consob.

Dal canto loro, i giudici di Lussemburgo con una pronuncia molto lineare hanno risolto la domanda pregiudiziale sull’applicabilità del *right to remain silent* dal punto di vista della disciplina europea. Per il vero, l’*iter* argomentativo - sin dalle primissime affermazioni – è stato proiettato all’interno della più ampia cornice dei rapporti tra la Carta di Nizza e la Convenzione EDU, per osservare come quest’ultima, sebbene non costituisca ancora uno strumento giuridico formalmente integrato nell’ordinamento europeo, rilevi come principio generale ai sensi dell’art. 6, paragrafo 3 del TUE. Posta questa preliminare precisazione, la Corte di Giustizia ha richiamato l’art. 52, paragrafo 3, della Carta, ricordando l’esatta corrispondenza tra il sistema di tutela convenzionale dei diritti e quello della Carta²⁷. E, nella specie, che l’art. 47, comma 2, della Carta, «corrisponde» all’art. 6, par. 1, CEDU; mentre l’art. 48 corrisponde ai paragrafi 2 e 3 della Convenzione medesima²⁸.

A tal proposito, per la Corte EDU il diritto al silenzio, sebbene non espressamente menzionato, costituisce una norma internazionale generalmente riconosciuta vincolante²⁹ e, come tale, destinata ad essere accolta dal giudice comunitario, il quale qui coglie l’occasione per ribadire la consistenza e circoscriverne l’ambito applicativo. Lapidariamente, per la Corte di Giustizia la garanzia del diritto al silenzio mira ad assicurare che l’accusa fondi la responsabilità dell’imputato su elementi di prova non discendenti né da dichiarazioni indotte od estorte né omesse o rifiutate³⁰, pur non potendo tale diritto essere invocato per giustificare qualsiasi omessa collaborazione con le autorità competenti, e, per ciò, la facoltà del soggetto di rimanere in silenzio si arresta lì dove sia necessario garantire, per non comprometterle del tutto, le funzioni dell’Authority.

Con simile puntualizzazione, il giudice di Lussemburgo giunge al punto della questione prospettata dalla Corte costituzionale, asserendo come questo diritto sia destinato “ad applicarsi nel contesto di procedure suscettibili di sfociare nell’inflizione di sanzioni amministrative presentanti carattere penale”³¹. Immediatamente dopo viene affermato, infatti, che «alcune delle sanzioni amministrative inflitte dalla Consob paiono perseguire una finalità repressiva e presentare un elevato grado di severità, tale per cui esse sono suscettibili di avere natura penale»³². E, quand’anche tali sanzioni non dovessero presentare carattere penale, l’applicazione del diritto al silenzio s’imporrebbe ugualmente, dal momento che gli elementi di prova raccolti nell’ambito del procedimento di indagine condotto dalla Consob sono utilizzabili, nell’ambito di un procedimento penale, per dimostrare la commissione di un illecito penale

A questa stregua, lo scrutinio circa la compatibilità delle norme di diritto derivato dell’Unione con le summenzionate disposizioni della Carta di Nizza è pressoché risolto. Ed infatti tanto l’art. 14,

²⁶ CGUE, Grande sezione, sent. 2 febbraio 2021, in C-489/19, *D.B. c. CONSOB*.

²⁷ Cfr. CGUE, Grande sezione, sent. 2 febbraio 2021, in C-489/19, *D.B. c. CONSOB*, par. 36.

²⁸ Cfr. CGUE, Grande sezione, sent. 2 febbraio 2021, cit., par. 37, in cui si legge che «Nell’interpretazione che essa effettua in merito ai diritti garantiti dall’art. 47, comma 2, e dall’art. 48 della Carta, la Corte deve dunque tener conto dei diritti corrispondenti garantiti dall’art. 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, in quanto soglia di protezione minima».

²⁹ Corte EDU, 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, par. 45: tale diritto pone l’imputato al riparo da una coercizione abusiva da parte delle autorità e ad evitare errori giudiziari e garantire, dunque, il risultato a cui mira l’art. 6 CEDU.

³⁰ Cfr. CGUE, Grande sezione, sent. 2 febbraio 2021, cit., par. 39; Corte EDU, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, par. 68; Corte EDU, 13 settembre 2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, par. 267.

³¹ Cfr. CGUE, Grande sezione, sent. 2 febbraio 2021, cit., par. 42.

³² Cfr. CGUE, Grande sezione, sent. 2 febbraio 2021, cit., par. 43.

paragrafo 3, della direttiva 2003/6 quanto l'art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento n. 596/2014 sono stati interpretati dal giudice comunitario conformemente agli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza, e, per l'effetto, si è ritenuto che una persona fisica non può essere sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte dalle quali potrebbe emergere la responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale o anche la stessa responsabilità penale.

Ne è derivata di conseguenza la regola secondo la quale sugli Stati membri grava l'obbligo di assicurare che una persona fisica non possa essere sanzionata in circostanze come quella del caso di specie³³ o, detto altrimenti, di non punire la condotta di chi si rifiuti di fornire all'autorità di vigilanza risposte autoincriminanti. La posizione della Corte di Giustizia non lascia margini di smentita neppure con riferimento alla disciplina europea in materia di *antitrust*, rispetto alla quale essa ha statuito che neanche l'impresa ha l'obbligo di fornire risposte dalle quali potrebbero emergere elementi di una condotta anticoncorrenziale e, quindi, a sé sfavorevoli; e, posto il rilievo che tale giurisprudenza riguarda procedimenti sanzionatori relativi a imprese e persone giuridiche, essa non può estendersi in via analogica alle persone fisiche.

5. La tutela dei diritti fondamentali sulla via del dialogo tra Roma e Lussemburgo.

Con ogni probabilità, il pronunciamento del giudice europeo non era affatto inaspettato ed anzi prevedibile. Il percorso decisionale, per lo più segnato dalla giurisprudenza della Corte EDU e da quanto il giudice delle leggi aveva convintamente e puntualmente motivato nell'[ordinanza n. 117 del 2019](#)³⁴, non avrebbe potuto avere uno sviluppo molto diverso. Lo afferma la stessa Corte costituzionale nel constatare che "(l)'interpretazione della Corte di Giustizia (...) collima, dunque, con la ricostruzione offerta da questa Corte"³⁵ rispetto alla quale, e a quanto già prospettato nell'[ordinanza n. 117](#), enuncia il dispositivo che vale a definire il caso di specie.

La Consulta perviene, infatti, a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* nella parte in cui si applica alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte dalle quali possa emergere la sua responsabilità per un illecito o per un reato passibili di sanzioni amministrative di carattere punitivo.

Così disponendo, la decisione in commento aggiunge non solo un importante tassello al riconoscimento e alla garanzia del diritto al silenzio, ma restituisce altresì l'istantanea di un modello di tutela integrata e sistemica dei diritti, il quale prende forma attraverso l'integrazione dei diversi ordinamenti³⁶. Sicché, di là dalla specifica questione risolta, la [sentenza n. 84](#) suscita considerazioni di tono più generale e s'inserisce all'interno della più ampia cornice concernente i rapporti tra le due Corti. Essa offre un interessante spaccato sullo stadio di evoluzione del processo integrativo europeo, il quale si edifica anche e soprattutto attraverso la cooperazione dei giudici nazionale, sovranazionale ed internazionale, e disegna in prospettiva una rotta che punta al dialogo come strumento di «massima salvaguardia dei diritti» e delle libertà³⁷.

Dopo l'arresto con cui il giudice delle leggi ha invertito l'ordine logico e cronologico di presentazione dei casi di doppia pregiudizialità³⁸ sembrava si fosse consumato uno strappo nel

³³ Cfr. CGUE, Grande sezione, sent. 2 febbraio 2021, cit., par. 55 e 58.

³⁴ V. A. RUGGERI, [Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali](#), cit., 244, il quale, commentando l'[ordinanza n. 117 del 2019](#), discorre di «una linea interpretativa (...) che il giudice costituzionale traccia con consumata capacità argomentativa».

³⁵ Cfr. [Corte cost. sent. n. 84 del 2021](#), p.to 3.5 del *Considerato in diritto*.

³⁶ M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *DPCE*, n. 3 luglio-settembre 2019, 737 ss.

³⁷ [Corte cost., sent. n. 269 del 2017](#), p.to 5.2 del *Considerato in diritto*.

³⁸ Ci si riferisce alla ben nota [sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017](#), senz'altro da ritenere una delle più rilevanti novità della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti fra ordinamento interno e diritto UE. La decisione è stata ampiamente commentata in dottrina e non sempre con letture univoche. In tal senso, v. almeno A.

dialogo tra giudice europeo e giudice costituzionale, difficilmente ricucibile. Le successive pronunce, come noto, ne hanno stemperato progressivamente l'intonazione riaccentratrice e a tratti sovvertitrice rispetto all'insegnamento discendente dalla [sentenza Granital n. 170 del 1984](#)³⁹. La nuova dottrina dei rimedi giurisdizionali concorrenti, la quale esclude di per sé ogni preclusione⁴⁰, ha ricomposto via via il quadro delle relazioni tra ordinamenti nel quale idealmente va a situarsi la decisione in commento. Una decisione che poggia sì sul pronunciamento del giudice sovranazionale, il quale, a sua volta, con fare assolutamente adesivo si è lasciato *ispirare* (anche) dalla tradizione costituzionale italiana sul diritto al silenzio.

In questo senso, è tangibile il segno di una reciprocità che rende fluida, dinamica e completa la garanzia dei diritti, *riallineando* il ruolo delle Corti e delle Carte. Il che lascia spazio ad almeno due considerazioni: la prima non trascura la circostanza che la [sentenza n. 84](#) pervenga all'esito di una domanda pregiudiziale rivolta dalla Corte al giudice europeo. Di qui il chiaro atteggiamento costruttivo, collaborativo – ma senz'altro anche strategico – del nostro giudice delle leggi che nel provocare l'intervento della Corte di Giustizia persegue l'intento, desumibile tra le righe, di non restare estromesso dal momento dialogico (sempre più spesso appannaggio dei giudici comuni), del quale ormai il sistema di tutela dei diritti si alimenta tante sono le virtualità applicative che da esso derivano. La Corte, mentre assicura il proprio ruolo rispetto agli altri giudici, indica alla Corte di Lussemburgo la strada da percorrere per armonizzare la tutela derivante dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea con la tutela costituzionale del diritto al silenzio. E, di conseguenza, la seconda considerazione.

L'armonizzazione delle Carte, costituzionale ed europea dei diritti, sembra qui compiersi attraverso un unico processo interpretativo che convoglia l'applicazione dei diritti garantiti dalla CDFUE (e, nella specie, del diritto al silenzio) verso la tradizione giuridica e l'identità costituzionale italiana. D'altro canto, la precedenza della pregiudiziale costituzionale *imposta* dalla Corte nella [sentenza n. 269](#) discende – come la medesima ha affermato – dal mutato *status* giuridico della Carta stessa dotata, all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, di efficacia

RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto europolitano assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269/2017)*, in [Diritti Comparati](#), n. 3/2017, 230 ss.; A. ANZON DEMMING, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#) del 28 febbraio 2018; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, [ivi](#), 18 dicembre 2017; G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, [ivi](#), 25 gennaio 2018.

³⁹ [Corte cost. sentt. nn. 20, 63 e 112 del 2019](#), ove è precisato: "resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria. Nonostante questa timida riapertura del dialogo fra giudici comuni e Corte di Lussemburgo, il giudice delle leggi ha ribadito che per il caso in cui i principi e i diritti enunciati nella Carta di Nizza intersechino in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana "va preservata l'opportunità di un intervento con effetti erga omnes di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentratore di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.), precisando che, in tali fattispecie, la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, comma 1, Cost.), comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato". (cfr. [Corte cost., sent. n. 20 del 2019](#), p.to 2.1 del *Considerato in diritto*). È evidente, dunque, la distanza rispetto alla posizione sostenuta nella sentenza *Granital*, a differenza della quale la Corte oggi riconosce a sé la competenza a giudicare del contrasto tra una norma di diritto interno e una norma della CDFUE, pur se dotata di efficacia diretta, rivendicando "la prima parola" nell'interpretazione di questioni di rango costituzionale che rilevano tanto sotto il profilo della loro conformità alla Costituzione quanto sotto l'aspetto della loro compatibilità con la Carta dei diritti UE. Da ultimo si v. G. SCACCIA, *Sindacato accentratore di costituzionalità vs diretta applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 3 del 25 agosto 2021.

⁴⁰ Cfr. A. ANZON DEMMING, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, cit., 181-183, la quale, riferendosi alle [decisioni nn. 20 e 63 del 2019](#), fa notare come con queste il giudice delle leggi non preclude ai giudici comuni la possibilità, in ogni tempo e senza limitazioni di profili rispetto a quelli esaminati dalla Corte costituzionale, di ricorrere al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

giuridica vincolante (e di impronta tipicamente costituzionale). Ebbene, la nuova *forza* della Carta, la circostanza che i diritti enunciati in essa intersechino i diritti garantiti dalla Costituzione e l'eventualità che la violazione dei primi possa *rifrangersi* sui secondi⁴¹ sono alla base dello *jus primi verbi* che il giudice delle leggi rivendica per se stesso. Nel contempo, però, al cospetto della rivendicata priorità interpretativa, la Corte, che pure ha affermato la propria competenza a vagliare eventuali profili di costituzionalità delle norme interne con le norme della CDFUE, non esclude la possibilità di ricorrere essa stessa al rinvio pregiudiziale, “ogniqualevolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta», potendo, «all'esito di tale valutazione, dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, rimuovendo così la stessa dall'ordinamento nazionale con effetti *erga omnes*”⁴².

In questa direzione va esattamente la [sentenza n. 84](#) che, per effetto del rinvio pregiudiziale operato dal giudice delle leggi, conferma quanto dallo stesso coerentemente e diffusamente altrove dichiarato. In un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia dei diritti, la Corte intende valorizzare il dialogo con le Corti europee e qui, *in primis*, con la Corte di Lussemburgo⁴³, affinché venga assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico e vuole altresì garantire che i diritti tutelati dal diritto europeo e, in particolare, dalla CDFUE siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (*ex art. 6 TUE e art. 52, paragrafo 4, CDFUE*). A questa stregua, l'*iter* che la decisione in commento conclude dà conto, almeno sino a questo momento, dell'intento non solo annunciato ma di fatto anche realizzato di voler procedere sulla via del dialogo, e tradisce altresì l'esistenza di una indispensabile quanto operosa interazione tra le due Corti, che la Consulta non ignora, ma anzi opportunamente sollecita e stimola *ad necessitatem*⁴⁴. Di qui, in trasparenza, la constatazione che attraverso un costante e continuo confronto con la Corte di Giustizia, il giudice delle leggi può continuare a serbare intatta, e fors'anche rinvigorita, la sua naturale vocazione di giudice dei diritti e delle libertà.

⁴¹ Cfr. [ord. n. 117 del 2019](#) e [sent. n. 269 del 2017](#), p.to 5.2 del *Considerato in diritto*.

⁴² Cfr. [ord. n. 117 del 2019](#) p.to 2 del *Considerato in diritto*.

⁴³ S. MANGIAMELI, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo e le funzioni nazionali*, in ID., *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, Torino, 2020, 168, il quale, discorrendo dell'[ordinanza n. 117 del 2019](#), osserva come traspaia dall'atteggiamento della Corte costituzionale «la volontà di costruire, proprio dialogando con giudici comuni e giudice europeo, un sistema a rete di tutela dei diritti fondamentali, ancorato a un duplice impianto di rimedi giurisdizionali fra loro in concorso, pur senza essere né esclusi né escludenti l'uno dell'altro».

⁴⁴ Come osserva G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità vs diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 25 agosto 2021, 263, può scorgersi in generale il diverso atteggiamento della Corte costituzionale, la quale nei confronti della Corte di Giustizia “si è disposta a fornire all'elaborazione dei diritti europei il contributo della specifica identità culturale e costituzionale italiana, grazie a un impiego più convinto di strumenti di dialogo in passato colpevolmente trascurati”.

Silvia Filippi
Sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti:
riflessioni a partire da [Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84](#)*

ABSTRACT: *[Judgment No. 84/2021](#) represents a further development of the obiter contained in [Judgment No. 269/2017](#), through which the Constitutional Court partially modified the judicial protocol to be followed in “dual preliminary” situations. The recent decision is the result of a virtuous dialogue built with the Court of Justice of the European Union, even if some problems are at stake. Meanwhile the Court of Cassation has raised three complex preliminary questions to the Court of Justice of the European Union, risking to trigger a conflict with the Constitutional Court.*

SOMMARIO: 1. Premessa: più di un suggerimento, meno di un modello. Lo “schema 269” e i suoi riflessi sui rapporti tra Corti. – 2. *All’s well that ends well?* Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia in [Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84](#). – 3. Sulla tenuta dello “schema 269”. – 4. Il riaffiorare del conflitto tra Corte di cassazione e Corte costituzionale. La parola alla Corte di giustizia.

1. *Premessa: più di un suggerimento, meno di un modello. Lo “schema 269” e i suoi riflessi sui rapporti tra Corti.*

La [sentenza n. 84 del 2021](#) rappresenta un ulteriore sviluppo del famoso *obiter* contenuto nella [sentenza n. 269 del 2017](#), attraverso cui la Corte costituzionale ha parzialmente modificato il *judicial protocol* da seguire nei casi in cui la legislazione nazionale si pone in contrasto con i diritti fondamentali sanciti sia dalla Costituzione che dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE), invitando i giudici nazionali a sollevare in prima battuta il ricorso in via incidentale. La Corte è ritornata sulla questione con una serie di pronunce ([sentt. n. 20](#), [n. 63](#), [n. 112](#) e [ordd. n. 117 del 2019](#) e [n. 182 del 2020](#))¹ attraverso le quali ha precisato che il giudice comune non è sottoposto all’alternativa radicale ed escludente tra attivazione del giudizio incidentale e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, configurando invece «un concorso di rimedi giurisdizionali²», riaffermando la sua collocazione nel sistema di tutela dei diritti europeo, in cui però la “prima parola” assume sempre maggior rilevanza. Tale evoluzione giurisprudenziale costituisce il portato di dinamiche più profonde, che investono la configurazione stessa del controllo di costituzionalità in materia di diritti fondamentali e si riflette nell’espansione di funzioni della Consulta, che ha esteso il suo sindacato a quegli atti legislativi di diritto interno che costituiscono attuazione o esecuzione del diritto derivato dell’Unione³.

La recente decisione della Corte, se da una parte dimostra l’utilità dello schema della precedenza funzionale del ricorso incidentale rispetto al rinvio pregiudiziale ed il suo buon rendimento

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Sul “seguito” di [Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269](#), ex multis N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, in [Federalismi.it](#), 10 luglio 2019; G. MARTINICO, G. REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: an Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and its Aftermath*, in *Eu. Const. Law. Rev.*, (15), 4/2019, 731 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020, spec. 237 ss.; C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (curr.), *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna 2020.

² Cfr. [Corte cost., sent. 21 febbraio 2019, n. 20](#), 2.3 *Cons. in dir.* per cui tale concorso di rimedi «arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione». C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in [Osservatorio delle fonti](#), 2/2019, 14 ss., parla di approccio «269 temperato».

³ G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, in [Rivista AIC](#), 4/2019, 7.

nell'instaurazione di un dialogo costruttivo fra le corti⁴, dall'altra sconta una persistente incertezza quanto alla sua "tenuta" nel lungo periodo, dal momento che la Corte di giustizia, la cui azione si è di recente caratterizzata per un approccio collaborativo con la Consulta, ha accuratamente evitato di prendere una posizione sull'orientamento inaugurato dalla [sentenza n. 269 del 2017](#).

Per quanto attiene al fronte "interno", si osserva che la Corte di cassazione non ha sempre manifestato piena adesione rispetto a quello "schema" attraverso cui la Corte costituzionale, in sintesi, cerca di arginare le spinte espansionistiche della giurisprudenza di Lussemburgo. E tale atteggiamento è forse riconducibile al tentativo della stessa Corte di cassazione di costruire un "asse" con la Corte di giustizia⁵ per rafforzare la sua posizione, come proverebbe una complessa ordinanza in tema di appalti e di regime del ricorso incidentale escludente, che solleva tre complesse questioni pregiudiziali, di cui la prima in particolare⁶ rischia di avviare un conflitto con la Corte costituzionale. Sebbene quello dei "venti di guerra" che soffiano tra Piazza Cavour e Piazza del Quirinale non sia un fenomeno sconosciuto, in questo frangente il conflitto appare profondamente legato al processo di allargamento della tutela dei diritti fondamentali nel diritto europeo, che ha acuitizzato il preesistente fenomeno della "concorrenza interpretativa" tra le giurisdizioni. Le norme europee poste a presidio dei diritti fondamentali – nel caso di specie il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva (art. 19 TUE e 47 CDFUE) – si prestano così ad essere utilizzate in modo "strategico" dalla Corte di cassazione, che fa leva anche sulla tendenza della Corte di giustizia ad attribuire maggiore importanza ai rinvii pregiudiziali presentati dalle corti di vertice⁷, con il rischio però che ciò porti ad un «rimedio peggiore del male⁸».

2. All's well that ends well? *Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia in [Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84](#)*.

Nella [sentenza n. 84 del 2021](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, che sanziona l'*insider trading* con misure di natura sia amministrativa che penale, nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte da cui possano emergere responsabilità per illeciti passibili di sanzioni amministrative di carattere punitivo e, in via consequenziale, di altre norme dello stesso tenore concernenti condotte di mancata collaborazione con la Banca d'Italia⁹. Nello specifico le disposizioni citate sono ritenute contrastanti con gli artt. 24 e 117, comma 1 Cost., in relazione agli artt. 6 CEDU e 14, par. 3, lett. g), del PIDCP, oltre che con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 47 CDFUE. La Consulta ha inoltre fornito una indicazione, «se non una sorta di monito¹⁰», prefigurante un seguito normativo. La peculiarità dell'art. 187-*quinquiesdecies* è quella di rispettare un vincolo derivante dal diritto europeo, e in particolare dalla direttiva 2003/6/CE (art. 14) prima e,

⁴ Sulle problematiche che il concetto stesso di "dialogo" fra Corti implica, sia sul piano metodologico, che su quello del concreto esercizio delle funzioni delle Corti cfr. di recente A. RUGGERI, [Il "dialogo" tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente bonne à tout faire](#), in questa *Rivista*, 2021/III, 723.

⁵ In diverse sentenze della Cassazione lavoro è stato infatti aggirato l'onere del previo coinvolgimento della Corte costituzionale. Cfr. Cass. civ., sez. lavoro, ord. 30 maggio 2018, n. 13678; Cass. civ., sez. lav., ord. 10 gennaio 2019, n. 451.

⁶ Cass. SS.UU., ord. 18 settembre 2020, n. 19598, p. 46 della motivazione. La tesi è avanzata da 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.

⁷ O. SCARCELLO, *The Randstad Case: Melki Reloaded? The Fundamental Right to Effective Judicial Protection as Battleground for Judicial Supremacy in European Law*, in [Nordic Journal of European Law](#), (4), 1/2021, 61.

⁸ M. FRANCAVIGLIA, *La violazione del diritto dell'Unione europea come motivo di ricorso per cassazione ex art. 111, ult. comma Cost.: un rimedio peggiore del male*, in *Giur. Cost.*, (65), 5/2020, 2535 ss.

⁹ La dichiarazione di illegittimità costituzionale viene estesa alle disposizioni dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF come modificate dall'art. 24, comma 1, lett. c), del d.l. n. 179 del 2012 e dall'art. 5, comma 3, del d.lgs. 3 n. 129 del 2017.

¹⁰ Cfr. SERVIZIO STUDI DEL SENATO E DELLA CAMERA, *Il controllo di costituzionalità delle leggi. Rassegna trimestrale di giurisprudenza costituzionale*, (1) n. 2, aprile-giugno 2021, 22. V. p. 5 del *Cons. in diritto*.

dopo la sua abrogazione (ma in termini analoghi), dall'art. 30, par. 1, lett. b), del Regolamento n. 596/2014. Ne deriva che il legislatore nazionale è nelle condizioni di agire discrezionalmente solo in relazione ad aspetti secondari, quale la quantificazione delle sanzioni, essendo in particolare l'ambito degli abusi di mercato uno di quelli in cui maggiormente si riscontra un alto tasso di armonizzazione normativa¹¹. Quando si profila il contrasto tra la disposizione nazionale che ha recepito l'obbligo sancito da una fonte di diritto derivato e gli articoli della Costituzione e della CDFUE da cui si ricava il diritto al silenzio, la proposizione della questione di legittimità costituzionale si pone anche e soprattutto nei termini di validità della norma contenuta nella direttiva prima e nel Regolamento poi¹², che fissa l'obbligo di collaborazione in capo ai soggetti individuati¹³.

La Corte costituzionale aveva quindi sospeso il procedimento, sollevando rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ([ord. n. 117 del 2019](#))¹⁴ – formulato in modo tale da presentare al giudice europeo un'accurata ricostruzione¹⁵ del diritto al silenzio delle persone fisiche e degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale (avvalorata da Strasburgo) sul punto – e suggerendo ai giudici di Lussemburgo, adottando quello che è stato definito un «seductive approach»¹⁶, un'interpretazione opportuna, per cui la configurazione di questo diritto nel sistema costituzionale italiano avrebbe potuto essere compatibile con le fonti europee di diritto secondario. Come sottolineato dalla dottrina¹⁷, la Consulta con l'[ord. n.117](#) sembra aver dato seguito alla proposta avanzata da J. H. H. Weiler al Convegno AIC del 1999, per cui «le supreme Corti dovrebbero non soltanto rivolgere questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, ma dovrebbero configurare queste ultime non come domande, ma come proposte di soluzione [...]», costringendola «a prendere in considerazione, a riflettere su e a rispondere a tale sensibilità costituzionale e, nel caso in cui se ne discosti, a giustificare la sua scelta». La Corte ha posto una duplice domanda pregiudiziale, di interpretazione e, in subordine, di validità¹⁸, allo scopo di chiarire, da una parte, se fosse possibile interpretare, in accordo agli artt. 47 e 48 CDFUE, le citate disposizioni della direttiva e del regolamento coerentemente allo standard interno e dall'altra se, in caso di risposta negativa, le disposizioni in oggetto fossero compatibili con i citati articoli della CDFUE. Alla base del rinvio pregiudiziale vi era la questione giudiziaria di natura amministrativa della vicenda processuale di D.B., condannato dalla Consob al pagamento di sanzioni pecuniarie per l'illecito amministrativo di *insider trading* e per aver reiteratamente rinviato l'audizione e aver rifiutato, quando presentatosi, di rispondere. La Corte di

¹¹Cfr. A. O. COZZI, *Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte costituzionale a confronto*, in C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (curr.), *Granital revisited?* cit., 61 ss., che individua nel grado di armonizzazione il terzo dei criteri (congiuntamente al rango costituzionale della questione e alla singolare connessione con la CDFUE) utilizzati dalla Consulta nei casi di doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali.

¹² La normativa europea di riferimento è la direttiva sull'abuso di mercato 2003/6/CE, applicabile *ratione temporis* ai fatti di causa, in seguito riformata dal regolamento (UE) 596/2014, che riguarda anche i poteri delle autorità di vigilanza, come la Consob.

¹³ G. REPETTO, *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19, DB c. Consob)*, in [Giustizia Insieme](#), 6 aprile 2021.

¹⁴ Al p. 2, *Cons. in dir.* Cfr. almeno A. RUGGERI, [Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali \(a margine di Corte cost. n. 117 del 2019\)](#), in questa *Rivista*, 2019/II, 242 ss.; A. ANZON, *Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in [Osservatorio costituzionale](#), 6/2019, 179 ss.

¹⁵ Come già successo con [Corte cost., ord. n. 24/2017](#). Cfr. D. SARMIENTO, *The Consob Way – or how the Corte costituzionale taught Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, in [EULIVE Weekend Edition](#), 54, 16 aprile 2021, spec. 6; M. MARTINS PEREIRA, *Consob and the lesson learnt from the "Taricco saga"*, ivi, 9 ss.

¹⁶ D. SARMIENTO, *The Consob Way*, cit., spec. 5-6.

¹⁷ D. TEGA, *Il superamento del "modello Granital". Le questioni in materia di diritti fondamentali tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale*, in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, *Diritto costituzionale in trasformazione*, III, *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale e sovranazionale*, Genova, 2020 ([e-book](#)), 389.

¹⁸ [Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117](#), p. 7, *Ritenuto in fatto*. Cfr. G. REPETTO, *Dell'utilità*, cit.

cassazione, sezione seconda civile, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale¹⁹ in relazione alla previsione di quest'ultima sanzione²⁰. Il ricorrente lamentava che il procedimento davanti alla Consob, avente natura formalmente amministrativa, non fosse soggetto alle stesse garanzie che presidiano il procedimento penale, fra cui il diritto a non rendere dichiarazioni confessorie. Quanto a quest'ultimo aspetto, si sottolinea come le sanzioni, pur amministrative nella forma, fossero nella sostanza penali²¹ e le informazioni ottenute, anche se non utilizzabili in sede penale, potessero preludere all'acquisizione di prove che avrebbero potuto confluire in un processo penale. La Corte costituzionale prospetta un contrasto con la Costituzione, oltre che con la CEDU, paventando anche la sussistenza di una violazione della CDFUE²² e solleva rinvio pregiudiziale, non senza aver stretto la Corte di giustizia in una vera e propria «forbice²³».

Con la sentenza *D.B. c. Consob*²⁴ la Corte di giustizia, pur senza prendere posizione esplicitamente sul nuovo *judicial protocol* della precedenza funzionale del ricorso incidentale, sfrutta l'«assist ricostruttivo» offerto dalla Consulta per far rientrare il pericolo di un conflitto con essa, introducendo nel sistema della CDFUE un nuovo diritto²⁵: le disposizioni della direttiva 2003/6/CE e del regolamento n. 596/2014 si prestano ad una interpretazione conforme agli articoli 47 e 48 CDFUE²⁶. Attraverso l'interpretazione conforme il giudice europeo evita la caducazione delle disposizioni, che si sarebbe tradotta nell'annullamento di una fonte di diritto secondario dell'Unione per contrasto con un diritto fondamentale²⁷. Viene quindi escluso in via interpretativa che il rifiuto di rispondere all'autorità competente rientri fra le fattispecie di omessa collaborazione che gli Stati devono prevedere in base al regolamento. In questa prospettiva appare però rilevante la precisazione²⁸ per cui il diritto al silenzio non può arrivare a coprire ogni caso di omessa collaborazione con le autorità competenti (quale il rifiuto di presentarsi ad un'audizione o la messa in atto di manovre dilatorie dirette a rinviarne lo svolgimento).

Dopo tale decisione, la Consulta riprende nella [sentenza n. 84](#) alcune delle considerazioni già espresse nell'[ord. n. 117 del 2019](#), in particolare in riferimento al diritto al silenzio dell'imputato, che, anche se non espressamente riconosciuto nella Costituzione, è un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa²⁹», nonché «appartenente al novero dei diritti inalienabili della persona umana³⁰» che caratterizzano l'identità costituzionale italiana, legando la fattispecie ai

¹⁹ In Cass. civ., ord. 24 gennaio 2018, n. 3831, spec. 26, emergono degli accenti critici nei confronti del “protocollo” prospettato dalla Consulta: la Cassazione vede un contrasto con la sentenza Corte giust., sent. 20 dicembre 2017 (C-322/16), *Global Starnet*, e per questo stimola la Corte a sollevare anche il rinvio pregiudiziale. Su tali questioni cfr. G.L. GATTA, “Nemo tenetur se detegere” e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F., in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 4/2018, 156 ss.; A. RUGGERI, *In tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in [Diritti Comparati](#), 1/2018, 267 ss.

²⁰ Oltre alle questioni di legittimità costituzionale su cui la Corte si è pronunciata in Corte cost., sent. 10 maggio 2019, n. 112 (la questione concerneva l'oggetto della confisca, art. 187-sexies TUF).

²¹ L. MARIN, *Tradizioni costituzionali comuni costruite dal basso: la sentenza D.B. c. Consob sul diritto al silenzio*, in *Quad. cost.*, 1/2021, spec. 228 ss.

²² [Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117](#), p. 7.1 *Cons. in diritto*.

²³ R. BIN, *È scoppiata*, cit., 7: «La pressione che la Corte costituzionale esercita sulla Corte di giustizia è evidente: suona sommamente il campanello dei controlimiti, ma neppure troppo in lontananza».

²⁴ Corte giust., 2 febbraio 2021, *D.B. c. Consob* (C-481/19).

²⁵ G. REPETTO, *Dell'utilità*, cit.; A. ANZON, *Interazione tra le Corti e riconoscimento di un nuovo diritto nell'ordinamento europeo*, in [Diritti Comparati](#), 9 febbraio 2021.

²⁶ Par. 55.

²⁷ Come accaduto in Corte giust., 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland* (C-293/12), su cui v. A. ARENA, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: quali conseguenze per le misure nazionali di recepimento?* in *Quad. cost.*, 3/2014, 722 ss.

²⁸ Par. 41.

²⁹ Cfr. [Corte cost., ord. n. 202 del 2004, n. 485](#) e [n. 291 del 2002](#).

³⁰ Cfr. Corte cost., sentt. [22 ottobre 2014, n. 238](#); [6 giugno 1989, n. 323](#); [2 febbraio 1982, n. 18](#).

principi supremi dell'ordinamento³¹. Oltre all'art. 24 Cost., il diritto di difesa viene definito anche attraverso il concorso di altre norme, quali l'art. 6 CEDU, gli artt. 47 e 48 CDFUE e l'art. 14, paragrafo 3, lett. g), PIDCP, che «si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione³²». In questo modo, la Consulta valorizza le potenzialità dell'integrazione dei diversi cataloghi dei diritti senza giungere, pur in uno scenario di pluralismo costituzionale, al superamento della teoria del «predominio assiologico» della Costituzione³³. Si condividono inoltre quanto alla decisione in oggetto le osservazioni svolte da una parte della dottrina in riferimento all'[ord. n. 117](#)³⁴, cui veniva riconosciuto «il merito di tenere distinte le rispettive fonti» a tutto vantaggio di quella che potremmo definire «trasparenza argomentativa», dal momento che in questo modo si consente agli altri attori giurisdizionali, agli studiosi e all'opinione pubblica di svolgere un più agevole controllo sull'iter seguito dalla Corte. Un'altra parte della dottrina³⁵ ha tuttavia di recente sostenuto la confluenza *quoad interpretationem* dei cataloghi dei diritti sanciti nella CEDU, nella CDFUE e in altre fonti di diritto internazionale rilevanti, diventando «sempre più imprescindibili criteri interpretativi delle stesse garanzie costituzionali», configurando l'adozione di «una prospettiva almeno *tendenzialmente monistica*». Stando a questa lettura, tali garanzie, il cui contenuto minimo, nella giurisprudenza costituzionale recente, tenderebbe ad assestarsi su quello delle omologhe garanzie europee ed internazionali, potrebbero comunque prevedere in ambito interno livelli di tutela più elevati³⁶. Tuttavia, sono stati espressi dei dubbi quanto all'opportunità di procedere verso una sostanziale unificazione, se non fungibilità, dei cataloghi dei diritti, secondo una prospettiva monistica di tutela dei diritti fondamentali. Una parte della dottrina ha infatti rilevato che in quest'ottica criteri che dovrebbero risolvere i conflitti tra diritti sono a ciò inidonei, a causa della struttura relazionale che li caratterizza³⁷.

La Corte afferma inoltre che, sebbene quella del diritto al silenzio, rispetto alla fattispecie indicata, sia una questione mai trattata in precedenza, in diverse situazioni in cui a venire in oggetto erano state singole garanzie costituzionali proprie della materia penale, queste erano state estese a procedimenti amministrativi che prevedevano l'irrogazione di sanzioni di natura punitiva secondo i criteri *Engel* elaborati dalla Corte di Strasburgo³⁸. Tali singole garanzie, previste quindi sia dalla CEDU che dalla

³¹ [Corte cost., ord. 10 maggio 2019 n. 117](#), p. 7.1 *Cons. in dir.* Dà particolare rilievo a questo passaggio G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2019, 3 ss.

³² [Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84](#), p. 3.5 *Cons. in dir.* La Consulta cita in questo senso la [sentenza n. 388 del 1999](#) e la più recente [sentenza n. 187 del 2019](#). Cfr. B. SBORO, *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021*, in *Diritti Comparati*, 5 luglio 2021, per cui la citazione del precedente più risalente potrebbe essere indicativo dell'intento di ricercare un'interpretazione convergente del contenuto dei diritti fondamentali, ponendo a confronto le garanzie dei diversi cataloghi.

³³ [Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49](#) in riferimento alla CEDU. Cfr. G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. e Soc.*, 4/2019, spec. 710 ss. Più in generale: nell'attuale contesto di pluralismo costituzionale le diverse corti si presentano come «interagenti ma distinguibili» (696).

³⁴ A. O. COZZI, *Nuovo cammino europeo*, cit., 50.

³⁵ F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2019, spec. 491 ss. In questo senso anche diversi contributi di A. RUGGERI, che in [Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo"](#), cit., accoglie con favore il richiamo congiunto effettuato nell'[ord. n. 117](#) alla Costituzione e ad altri documenti di diritto europeo e sovranazionale svolto nell'ordinanza, auspicando il riconoscimento della parità delle Carte.

³⁶ F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 492.

³⁷ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2017, 6. Contrario alla teoria della confluenza dei cataloghi dei diritti anche A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, [ivi](#), 4/2017, già su questa posizione anteriormente alla sua elezione a giudice della Consulta, come sottolineato da D. TEGA, *Il superamento*, cit., nt. 34, 7, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

³⁸ Cfr. il percorso seguito dalla stessa Corte europea sull'art. 6 Cedu, a partire dalla decisione *Funke c. Francia* del 1993, alla luce dei criteri *Engel*. Come sottolineato già nell'[ord. 117](#), la natura intrinsecamente penale degli illeciti di abuso di mercato previsti dalla legislazione italiana è stata affermata in *Grande Stevens e a. c. Italia*, Corte Edu, sent. 4 marzo 2014. L'illecito amministrativo in questione era quello previsto dall'art. 187-ter TUF. In Corte Edu, sent. 5 aprile

Costituzione, sono state estese alle sanzioni sostanzialmente penali non solo dalla Corte costituzionale³⁹, ma anche dalla Corte di giustizia⁴⁰. Anche alla luce delle indicazioni del giudice europeo quanto alla portata degli artt. 47 e 48 CDFUE, la Consulta ritiene quindi che fosse incompatibile con il diritto al silenzio la possibilità di sanzionare la persona fisica che non risponde alla richiesta di fornire informazioni alla Consob nella sua attività di vigilanza ovvero durante un procedimento sanzionatorio formalmente in corso, nel caso in cui possa emergere una propria responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo o una propria responsabilità penale. Allo stesso tempo, la Corte sottolinea che il diritto al silenzio non giustifica comportamenti ostruzionistici da cui derivino ritardi rispetto all'attività di vigilanza, come il rifiuto di presentarsi a un'audizione o la messa in atto di manovre dilatorie. Parimenti non si può legittimare l'omessa consegna di dati, documenti, registrazioni preesistenti alla richiesta della Consob *ex art. 187-octies*, commi 3 e 4 TUF⁴¹. Così affermando, la Corte evita di cadere nella "trappola" costituita dal «meta-discorso dei diritti fondamentali» e dalla «massimizzazione della tutela»⁴², particolarmente insidiosa soprattutto per quanto attiene alla materia penale e che rischia di giungere alla protezione assoluta del privato a scapito dell'interesse pubblico. Del resto, già nell'[ord. n. 117](#) la Consulta aveva dato segno di propendere verso un bilanciamento tra il diritto di difesa e la tutela del mercato che si intende assicurare prevedendo il reato di abuso di informazioni privilegiate. Come affermato da Marta Cartabia⁴³, la giurisprudenza della Consulta riconosce il principio della «massima espansione delle garanzie»⁴⁴, che, sebbene per alcuni aspetti sia assimilabile a quello del massimo standard di tutela, presenta delle caratteristiche diverse, dal momento che il più esteso livello di tutela va riferito non al diritto atomisticamente inteso, ma al complesso di garanzie risultante da una considerazione sistematica dei beni costituzionalmente rilevanti. La massima espansione delle garanzie porta conseguentemente a bilanciare i diversi interessi, limitando il loro sacrificio al minimo necessario a garantire la massima garanzia complessiva, scongiurando il pericolo che «la piena affermazione "tirannica" di uno dei valori determini l'annientamento degli altri»⁴⁵.

Questa impostazione verrà ripresa dalla decisione della Corte di giustizia del 2 febbraio, ed infine confermata nella [sent. n. 84](#), da cui si evince che più che "massimizzare" la tutela apprestata dal diritto

2012, ric. 11663/04, *Chambaz c. Svizzera*, p. 50-58, i giudici di Strasburgo sono altresì giunti ad affermare che il diritto a non rendere dichiarazioni confessionarie si applica anche agli illeciti amministrativi. Sulle tensioni verificatesi negli ultimi anni in Italia nell'ambito della *matière pénale* e del sistema di garanzie cfr. le considerazioni di M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., 13-14.

³⁹ Cfr. [Corte cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 223](#); [sent. 10 maggio 2019, n. 112](#) e, di recente, [sent. 18 gennaio 2021, n. 5](#), per cui «secondo l'ormai costante giurisprudenza di questa Corte, le garanzie discendenti dall'art. 25, comma 2, Cost. si applicano anche agli illeciti e alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente punitivo».

⁴⁰ Corte giust., sentenza del 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca* (C-596/16 e C-597/16). Già a partire dalla sentenza Bonda del 2012 (C-489/10) la Corte di giustizia aveva ripreso la categoria creata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza *Engel e al. c. Paesi Bassi* del 1976 degli illeciti di natura formalmente amministrativa e sostanzialmente penale.

⁴¹ Secondo A. MARCHESELLI, [Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria. \(Spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021\)](#), in questa *Rivista*, 2021/II, 461-462 bisognerebbe tenere distinti il momento della collaborazione e il suo oggetto, poiché un inciso contenuto nel p. 3.6, *Cons. in dir.* sembrerebbe escludere il diritto al silenzio per le prove precostituite prima della richiesta di collaborazione, così limitando la portata del diritto medesimo.

⁴² *Traccia di discussione*, in C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (curr.), *Granital revisited?*, cit., par. 7, 12-13. Hanno dibattuto su queste tematiche: R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, spec. 63 ss.; ID., *Intervista*, in R.G. Conti (cur.), *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna?*, in [Giustizia Insieme](#), 10 aprile 2019; A. RUGGERI, *Intervista*, in R. G. Conti (cur.), cit.; ID., *Tecniche decisorie dei giudici e "forza normativa" della Carta di Nizza-Strasburgo*, in C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (curr.), cit., spec. 165 ss.; A. RANDAZZO, *Il "metaprinzipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 2/2020. Cfr. A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Diritto costituzionale in trasformazione*, III, *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale e sovranazionale*, Genova, 1920 (*e-book*), 343, che parla invece di «massimizzazione della minor tutela».

⁴³ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., 14 ss.

⁴⁴ [Corte cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85](#).

⁴⁵ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., 15.

al silenzio si intende dare un ordine alle norme interne di attuazione in coerenza con il diritto europeo. Ed in questa prospettiva si pone la previsione di un necessario seguito normativo⁴⁶, quasi un monito che rinvia al legislatore per una più precisa definizione delle ulteriori modalità di tutela del diritto al silenzio nello svolgimento delle attività istituzionali della Banca d'Italia e della Consob, così da «calibrare tale tutela rispetto alle specificità dei procedimenti che di volta in volta vengono in considerazione», con l'indicazione che esse non dovranno necessariamente coincidere con quelle vigenti nell'ambito del procedimento e del processo penale, pur sempre rispettando i principi costituzionali, convenzionali ed europei.

3. Sulla tenuta dello “schema 269”.

A questo punto si possono sviluppare una serie di considerazioni quanto all'applicazione del nuovo *judicial protocol* in materia di “doppia pregiudizialità” avanzato dalla Corte costituzionale nel 2017 e successivamente precisato, guardando sia alla tendenza al “ri-accentramento” (limitandoci in questa sede alla prospettiva della tutela dei diritti fondamentali)⁴⁷, che all'affermarsi di un sistema integrato di protezione dei diritti a livello europeo e che si accompagna, sul fronte interno, al profilarsi di quella che Roberto Bin ha definito una “terza guerra tra Corti”⁴⁸.

La [sent. n. 84](#) va ad aggiungersi a quel mosaico di decisioni che ritrae una nuova fase nei rapporti tra le Corti, in cui la Consulta ha messo in evidenza che la convergenza dei cataloghi di diritti contenuti nella Costituzione e nella CDFUE non consente un'applicazione diretta di quest'ultima a livello interno, dal momento che il legislatore italiano si è limitato ad attuare disposizioni europee vincolanti, sollevando quindi rinvio pregiudiziale prima di procedere al vaglio di costituzionalità di un atto nazionale di attuazione del diritto secondario. La decisione costituisce quindi uno sviluppo rispetto alla posizione per cui la precedenza funzionale del ricorso incidentale sia da ritenersi preferibile poiché, da un lato, è bene che le decisioni in materia di diritti fondamentali dispieghino effetti *erga omnes* e, dall'altro, le argomentazioni che la Consulta articola sul piano dell'interpretazione possono essere utili al giudice europeo⁴⁹. Una parte della dottrina si è infatti dimostrata molto favorevole al ri-accentramento⁵⁰, nell'ottica di quella che si potrebbe presentare come una “continua rivitalizzazione” delle tradizioni costituzionali comuni.

⁴⁶ P. 5 del *Cons. in diritto*.

⁴⁷ Sulle dinamiche del “ri-accentramento”, che hanno caratterizzato la giurisprudenza della Corte costituzionale a partire dal 2011 e, più apertamente, dal 2014 cfr. il recente studio di D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 11 ss. Il fenomeno è emerso anche da altri studi monografici che negli ultimi anni si sono occupati delle trasformazioni del giudizio incidentale, fra cui G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017, spec.310 ss.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli 2018; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli 2018. Cfr. altresì R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2018, I, 2227 ss.; nonché, con accenti critici, A. RUGGERI, *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna*, cit.

⁴⁸ Cfr. par. successivo.

⁴⁹ G. REPETTO, *Dell'utilità*, cit.; Per R. BIN, *È scoppiata*, cit., 4, la distinzione tra rinvio pregiudiziale di interpretazione e impugnazione della legge nazionale, alla base del nuovo orientamento sulla doppia pregiudizialità, appare rigorosamente impostata, sebbene lo «scivolamento di prospettiva, ormai consolidato dalla giurisprudenza comunitaria e da quella interna, a parificare i due rinvii e le loro rispettive conseguenze, ponendoli sullo stesso piano e quindi in rapporto di concorrenza».

⁵⁰ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#) (18 dicembre 2017), 3 per cui appare «necessario che il diritto costituzionale nazionale continui a produrre interpretazioni e applicazioni del parametro “nazionale” di costituzionalità, accanto a quanto avviene a livello di Corti europee sui cataloghi europei».

Guardando all'*obiter*⁵¹ da cui tutto ha avuto inizio, oggi pressoché unanimemente si esclude che tale passaggio preludesse ad una «deriva anti-europeista»⁵². Vero è che la decisione andava ad inserirsi in un dibattito scientifico concentrato sulle dinamiche del conflitto fra corti, più che su quelle del dialogo⁵³, in cui la c. d. *identity clause* (art. 4.2 TUE) finiva per diventare il “bersaglio” di quella parte della dottrina per cui la disposizione avrebbe fatto da sponda a una serie di involuzioni in quegli Stati in cui la *rule of law* è sotto costante minaccia⁵⁴. Il rinverimento di un controllo accentrato sui diritti fondamentali, sebbene sia un elemento costitutivo della identità costituzionale di diversi Stati e pertanto fattore di arricchimento delle «tradizioni costituzionali comuni»⁵⁵, non poteva però far ritenere aprioristicamente esclusi eventuali pericoli di strumentalizzazione in senso “nazionalistico”. Le implicazioni della [sent. n. 269](#) non denotano un approccio ostile della Consulta nei confronti della Corte di giustizia⁵⁶, sebbene in astratto il principio della precedenza funzionale del ricorso incidentale nel campo dei diritti fondamentali si potrebbe porre in contrasto con il principio della primazia del diritto europeo, come fissato dalla giurisprudenza *Simmenthal*⁵⁷. Sebbene la nuova regola sulla doppia pregiudizialità, che vede il c.d. “diritto alla prima parola” della Corte costituzionale e un utilizzo strategico del rinvio pregiudiziale, abbia dato prova di favorire un approccio collaborativo tra le due corti⁵⁸, la dottrina⁵⁹ ha rilevato come nella stessa sentenza del 2 febbraio la Corte di Lussemburgo abbia «sorvolato» sul *judicial protocol* inaugurato dalla Consulta, non prendendo una posizione espressa sul punto. Si pensi anche agli esiti della c. d. “saga Taricco”: la c. d. sent. Taricco II⁶⁰ della Corte di giustizia e la [sent. n. 269](#) della Corte costituzionale sono infatti «due vicende contigue e con evidenti tratti di interferenza», sebbene non totalmente sovrapponibili, depositate entrambe nel mese di dicembre 2017 (e la seconda cita la prima)⁶¹. Sebbene la sentenza *Consob* della Corte di giustizia

⁵¹ [Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269](#) p. 5.2.

⁵² In questo senso invece F. SALMONI, *Unità nella diversità o diversità nell'unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2019, 542.

⁵³ G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi*, cit., 692 ss. Il «disaccordo» tra gli interpreti è da ascrivere semmai alla «convergenza assiologica, [a]l fatto che le diverse carte del sistema finiscano per garantire diritti simili».

⁵⁴ La dottrina sul punto è vasta. Per tutti cfr. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi Supremi e identità costituzionale*, Milano 2015; F. FABBRINI, O. POLLICINO, *Constitutional identity in Italy: European integration as the fulfillment of the Constitution*, in [EUI Law Department Working Papers](#), 6 (2017) e, di recente, il numero monografico di *European Public Law*, (27), 3/2021, curato da B. DE WITTE e D. FROMAGE.

⁵⁵ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, cit., 8. Cfr. 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 questa [Rivista](#), 2015/I, 242.

⁵⁶ G. MARTINICO, G. REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe*, cit., 736.

⁵⁷ G. MARTINICO, G. REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe*, cit., 742 ss. L'*obiter* 269 cita Corte giust., *Melki*, 22 giugno 2010, (C-188/10, C-189/10) e *A c. B*, 11 settembre 2014, (C-112/1350) due decisioni che, pur non essendo originate da rinvii pregiudiziali di corti costituzionali, hanno contribuito a ridefinire il campo di azione delle Corti costituzionali nazionali quanto all'interpretazione. Questi riferimenti hanno portato una parte della dottrina ad affermare che l'*obiter* non intendeva intaccare la giurisprudenza *Simmenthal*, mentre hanno portato un'altra parte a ravvisare un elemento di contraddizione nel ragionamento della Consulta.

⁵⁸ Al contrario di quanto accade nei rapporti con altre Corti costituzionali nazionali. Cfr. D. SARMIENTO, *The Consob Way*, cit., 3 ss. che ad es. descrive l'atteggiamento del *Tribunal Constitucional* spagnolo e del *Conseil Constitutionnel* come «Pragmatic Resignation» e quello del *BVerfG* in termini di «Revolt and frustration». Particolarmente intenso il dibattito seguito al c.d. *PSPP Urteil* (anche a causa dei potenziali riflessi sulle corti in Stati quali Polonia e Ungheria), cui è seguita anche l'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea nel giugno scorso. Su tali ultime vicende, fra i numerosi contributi, cfr. F. SAIITO, «Tanto peggio per i fatti». *Sipario sulla Presidenza Vofkühle: il caso Quantitative Easing di fronte al Bundesverfassungsgericht*, in [Diritti Comparati](#), 7 maggio 2020; A. FRANCESCANGELI, *La Commissione europea apre una procedura di infrazione contro la Germania per la sentenza del BVerfG sul PSPP: l'ennesimo atto dei nodi irrisolti (e volutamente ignorati) dell'integrazione europea*, in [Diritti Comparati](#), 26 luglio 2021.

⁵⁹ A. ANZON, *Interazione tra le Corti*, cit.

⁶⁰ Corte giust., 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.*, (C-42/17).

⁶¹ *Traccia di discussione*, in C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (curr.), *Granital revisited?*, cit., par. 6, 12. Su questi profili cfr. D. GALLO, *La disapplicazione è sempre figlia dell'effetto diretto, non del (solo) primato: Poplawski*, ivi, 81 ss., per cui sia la [269](#) che le due pronunce Taricco erodono i principi del primato e dell'effetto diretto. Diversamente: F. MEDICO, *La sentenza 269 del 2017 della Corte costituzionale: l'eccezione a Granital?*, ivi, 149 ss.

non vi faccia espresso riferimento, la “lezione Taricco”, tenuta a mente dalla Consulta quanto alle modalità con cui è stato posto il rinvio pregiudiziale, ha sicuramente influenzato la “percezione” dei giudici di Lussemburgo e quindi anche l’esito del giudizio⁶².

A destare diversi dubbi è stata in particolare la questione del ruolo del giudice comune, ora chiamato a valutare se l’eventuale incompatibilità della norma interna con la CDFUE rientri nell’ambito di rilevanza comunitaria, rivolgendosi in questo caso alla Corte di giustizia e così vedendo indebolita la propria posizione di “terminale” del diritto europeo⁶³. Si consideri inoltre che fino ai primi rinvii *ex art.* 267 TFUE del 2008 e del 2013 effettuati dalla Corte costituzionale erano proprio i giudici ordinari gli «Official “Speakers”» del sistema giuridico nazionale, attori fondamentali di quel c. d. «hidden dialogue» tra la Consulta e i giudici di Lussemburgo⁶⁴. Come è stato però affermato⁶⁵, questo genere di soluzioni è compatibile con un approccio pluralistico che funziona «under shifting grundnorms», cui quindi conseguono una serie di aggiustamenti necessari al funzionamento del sistema. Appare innegabile che la Consulta, attraverso la [269](#) ed il suo seguito⁶⁶, abbia inteso porre un «freno [...] alla giurisdizione costituzionale diffusa⁶⁷», escludendo che l’equiparazione ai Trattati della CDFUE permetta al giudice comune di disapplicare in maniera disinvolta la norma interna in contrasto con un diritto sancito dalla Carta, anche se in ambito di competenza dell’Unione. E ciò appare inoltre coerente, in un’ottica di sistema, con l’evolversi dell’utilizzo della CDFUE da parte della Corte costituzionale: ad una fase iniziale, in cui era portata a richiamare, anche in casi in cui mancavano evidenti connessioni con il diritto europeo, le disposizioni della Carta come *obiter dictum* o come strumento di supporto interpretativo, è succeduta una fase caratterizzata dal ricorso a precisi riferimenti alle disposizioni della CDFUE, rientranti nel suo ambito di efficacia⁶⁸.

Con la [sent. n. 84](#) si è consolidata la tendenza per cui, a partire dalla [sent. n. 20 del 2019](#)⁶⁹, la Consulta ha esteso il suo sindacato anche a quegli atti legislativi che costituiscono attuazione o esecuzione del diritto derivato dell’Unione. A rilevare, a prescindere dal differente grado di connessione tra norme interne in vario modo “vincolate” da regolamenti e direttive e i diritti e principi della CDFUE, è la rivendicazione della Consulta della competenza a sindacare tali atti di diritto interno⁷⁰, che si riconduce a pieno titolo alla tendenza verso il “ri-accentramento” del controllo di costituzionalità. Se nella sentenza *de qua*, come visto, a venire in oggetto sono disposizioni normative

⁶² Su questi passaggi cfr. M. MARTINS PEREIRA, *Consob*, cit., spec. 12-13.

⁶³ Affrontano questa problematica L. S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter ‘creativi’ (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea*, in [Federalismi.it](#), 31 gennaio 2018; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost.n. 269 del 2017)*, in [Diritti Comparati](#), 4/2017, 234 ss.; e, in seguito alla [sent. 20/2019](#): R. G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s’ha da fare o no?*, in [Giustizia Insieme](#), 4 marzo 2019.

⁶⁴ Su questi passaggi cfr. G. REPETTO, (2015). *Pouring New Wine into New Bottles? The Preliminary Reference to the CJEU by the Italian Constitutional Court*, in [German Law Journal](#), 16(6), 1449 ss.; V. BARSOTTI, P. CARROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford 2016, 219 ss.

⁶⁵ D. SARMIENTO, *The Silent Lamb and the Deaf Wolves: Constitutional Pluralism, Preliminary References and the Role of Silent Judgments in EU Law*, in M. Avbelj, J. Komárek (curr.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, London 2012, 285 ss.

⁶⁶ Con la [successiva sent. 20 del 2019](#) la Corte ha altresì chiarito che la questione di costituzionalità deve essere sollevata non solo in caso di possibile contrasto con norme della CDFUE, ma anche laddove i parametri siano costituiti da principi desunti dal diritto europeo derivato in singolare connessione con la CDFUE. Cfr. O. POLLICINO, G. REPETTO, *Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, in [Verfassungsblog](#), 27 febbraio 2019.

⁶⁷ G. MONACO, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, Cedu e Carta sociale europea*, in [Rivista AIC](#), 3/2020, spec. 148 ss.

⁶⁸ M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., 7 ss.

⁶⁹ A. O. COZZI, *Nuovo cammino europeo*, cit., 60: «con la [sent. n. 269 del 2017](#) era rimasto incerto se, ai fini del sindacato accentrato, l’incompatibilità europea dovesse riguardare solo norme della Carta o anche norme di diritto derivato dotate di effetto diretto. Il criterio della singolare connessione pare rispondere a questo dubbio».

⁷⁰ G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., 7.

interne in applicazione di una direttiva prima e di un regolamento poi, nella [sent. n. 20](#) la Corte è intervenuta sulla compatibilità di norme di diritto interno riguardanti gli obblighi di trasparenza a carico dei dirigenti pubblici rispetto ad alcune previsioni della direttiva 95/46/CE in punto di proporzionalità e non eccedenza nel trattamento dei dati personali in relazione agli artt. 7 e 8 CDFUE. Nella successiva [sent. n. 63 del 2019](#) la Corte si è pronunciata invece sulla retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni per abuso di informazioni privilegiate coerentemente alla direttiva 2013/36/UE. In relazione a questo caso, una parte della dottrina⁷¹ aveva individuato, a causa del ricorso a espressioni più “sfumate”, l’ombra di un ripensamento della Corte quanto alla propria competenza a sindacare sulle violazioni di norme di diritto secondario connesso con i diritti fondamentali. L’[ord. n. 182 del 2020](#)⁷² costituisce invece una conferma della tendenza al ri-accentramento e risponde all’esigenza di rimediare all’incertezza delle prassi applicative. In breve: la Consulta ha posto alla Corte di giustizia la questione concernente la possibilità di includere tra le garanzie approntate ex art. 34 CDFUE il c.d. “bonus bebè”, in modo da vagliare l’eventuale contrasto tra CDFUE e la disciplina interna, che esclude i cittadini di Paesi terzi titolari di un permesso in base alla direttiva 2011/98/UE dall’accesso alla misura, chiedendo in particolare a Lussemburgo di interpretare la Carta «alla luce del diritto secondario»⁷³. Si ritorna quindi sulla linea inaugurata dalla [sentenza n. 20 del 2019](#) e dalla recente [sentenza n. 84](#), in cui le norme di diritto europeo e quelle interne che tutelano i diritti fondamentali si integrano senza però giungere ad uno «slittamento monistico» che porti la Corte di giustizia a selezionare unilateralmente valori e principi «meritevoli di entrare nel patrimonio costituzionale condiviso»⁷⁴, configurando la sostanziale sovrapposizione dei cataloghi di diritti, data dalla loro confluenza per via interpretativa. La Corte di giustizia, nella recente pronuncia in Grande Sezione *O. D. e al. c. INPS*⁷⁵, afferma il diritto degli stranieri titolari di un permesso unico di beneficiare di un assegno di natalità e di un assegno di maternità, come previsti dalla normativa interna⁷⁶. Per quanto attiene ai profili presi qui in esame, si rileva come la decisione si concentri sul diritto derivato⁷⁷, piuttosto che sull’art. 34 CDFUE, cioè a dire la disposizione su cui si incardina l’ordinanza di rinvio della Consulta: i giudici di Lussemburgo si sono limitati ad osservare che attraverso il rinvio al diritto derivato si concretizza il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale previsto dal suddetto articolo della Carta. Secondo la dottrina⁷⁸, il «minimalismo argomentativo in relazione alla Carta e alla sua efficacia interna» si deve, da una parte, al fatto che le disposizioni di diritto secondario che vengono in rilievo sono precise, chiare e incondizionate al punto

⁷¹ G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 22 maggio 2019, 5, in riferimento a [Corte cost., sent. 21 marzo 2019, n. 63](#), p. 4.3, *Cons. in Dir.*

⁷² Per la cui analisi dettagliata cfr. G. PISTORIO, *L’operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all’ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, in [Nomos](#), 1/2021; D. GALLO, A. NATO, *L’accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell’ordinanza n. 182/2020 della Corte Costituzionale*, in [Eurojus](#), 4/2020, 308 ss.; N. LAZZERINI, *Dual preliminary within the scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in [European Papers](#), (5), 3/2020, 1463 ss.

⁷³ [Corte cost., ord. 182/2020](#), *Cons. in dir.* 7.1.2: «Quanto all’assegno di maternità, si chiede alla Corte di giustizia se esso debba essere incluso nella garanzia dell’art. 34 CDFUE, letto alla luce del diritto secondario, che mira ad assicurare “uno stesso insieme comune di diritti, basato sulla parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro” a tutti i cittadini di paesi terzi che soggiornano e lavorano regolarmente negli Stati membri, vincolando questi ultimi all’indicato obiettivo».

⁷⁴ C. CARUSO, *Granital Reloaded. La “precisazione” nell’integrazione attraverso i conflitti*, in C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (curr.), *Granital revisited?* cit., 33.

⁷⁵ Corte giust., *O. D. e al. c. INPS* (C-350/20), 2 settembre 2021.

⁷⁶ D. GALLO, *Assegni di natalità e maternità nella recente sentenza della Corte di giustizia: riflessioni “a caldo”*, in [Eurojus](#), 9 settembre 2021. Sottolinea l’A. che la normativa italiana sul punto era già oggetto di una procedura d’infrazione avviata dalla Commissione nel luglio 2019 e che la sentenza impatterà oltre che sugli assegni di natalità e maternità, su altre prestazioni sociali, quali il c.d. “bonus asilo nido”, da cui i cittadini di paesi terzi privi del permesso di soggiorno di lungo periodo sono esclusi.

⁷⁷ Art. 12, par. 1, lett. e), direttiva n. 2011/98; art. 3, par. 1, lett. b) e j), regolamento n. 883/2004.

⁷⁸ D. GALLO, *Assegni di natalità*, cit.

da essere applicate a livello interno; dall'altra, trattandosi di procedimenti riguardanti rapporti verticali, non è necessario invocare la Carta. La sentenza definisce lo specifico campo di applicazione del diritto secondario riguardo a quei cittadini extracomunitari titolari di permesso unico, conseguentemente confermando la spettanza dei diritti in oggetto anche ad essi. Aspettando che la Consulta si esprima, si conferma senza dubbio l'importanza dello strumento del rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità in cui a venire in oggetto siano i diritti fondamentali⁷⁹.

4. Il riaffiorare del conflitto tra Corte di cassazione e Corte costituzionale. La parola alla Corte di giustizia.

Alla luce delle considerazioni svolte, appare di innegabile importanza la portata dell'*obiter*, successivamente precisato, contenuto nella [sent. n. 269](#), anche se l'adozione di questa "forma" non ha mancato di suscitare qualche perplessità. È stato evidenziato dalla dottrina⁸⁰ che proprio la Corte di cassazione, che, in quanto custode della nomofilachia, dovrebbe garantire la coerenza del sistema normativo, non ha sempre dimostrato di condividere l'impostazione della Consulta. Nell'ord. n. 3831/18, all'origine del nostro caso⁸¹, la Corte di cassazione pur sollevando ricorso incidentale non ha risparmiato toni critici, dal momento che lo "schema 269" sarebbe stato in contrasto con *Global Starnet*, e ha stimolato quindi la Corte costituzionale a sollevare anche il rinvio *ex art. 267 TFUE*. In un'altra ordinanza⁸² si affermava invece che il «dialogo diretto» con Lussemburgo rappresentasse «lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali»⁸³. Tale posizione, ripresa in una successiva ordinanza⁸⁴, è stata dopo qualche mese smentita dalla medesima sezione della Cassazione, che ha seguito lo "schema 269" nell'ordinanza⁸⁵ che ha poi permesso alla Corte costituzionale di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia con l'[ord. n. 182/2020](#)⁸⁶. Agendo in modo così ondivago la Corte di cassazione impedisce il consolidamento del modello volto a "ri-accentrare" il controllo sui diritti fondamentali in capo alla Corte costituzionale. Tale adesione "a corrente alternata" è forse ricollegabile al fatto che la Cassazione cerchi in qualche modo di riservarsi un "corridoio" privilegiato per Lussemburgo, come dimostrerebbe l'ordinanza n. 19598/2020, attraverso cui le Sezioni Unite hanno sollevato tre questioni pregiudiziali, di cui la prima⁸⁷ chiama in causa direttamente la Corte costituzionale, chiedendo alla Corte di giustizia di verificare la compatibilità con il diritto europeo degli orientamenti espressi dalla Consulta con la [sent. n. 6/2018](#)⁸⁸, definiti in termini riduttivi come «prassi interpretative». Tale giurisprudenza esclude il rimedio del ricorso per Cassazione *ex art. 111, comma 8, Cost. contro le sentenze del Consiglio di Stato* che non solo sono in conflitto con le decisioni della Corte di giustizia in materie disciplinate dal diritto europeo, ma per le quali viene omissis, sempre nelle materie afferenti al diritto europeo, anche il rinvio pregiudiziale. La Cassazione riesce così nell'impossibile operazione di impugnare una

⁷⁹ Cfr. D. GALLO, *Assegni di natalità*, cit., per cui la decisione «cristallizza, sul piano dell'articolo 267 TFUE, la progressiva e inesorabile perimetrazione e compressione, nella giurisprudenza costituzionale [...], del noto *obiter dictum* contenuto nella [pronuncia n. 269/2017](#)».

⁸⁰ R. BIN, *È scoppiata*, cit., 5.

⁸¹ V. nt. 19.

⁸² Cass. civ., sez. lavoro, ord. 30 maggio 2018, n. 13678.

⁸³ La questione è stata respinta: Corte giust., *Gennaro Cafaro c. DQ*, 7 novembre 2019 (C-396/18).

⁸⁴ Cass. civ., sez. lavoro, ord. 10 gennaio 2019, n.451.

⁸⁵ Cass. civ., sez. lavoro, ord. 17 giugno 2019, n.16164.

⁸⁶ R. BIN, *È scoppiata*, cit., 5, nt. 7.

⁸⁷ Cass. SS.UU., ord. 18 settembre 2020, n. 19598, p. 46.

⁸⁸ [Corte cost., sent. 24 gennaio 2018, n.6.](#)

sentenza della Consulta⁸⁹, incardinando l'ordinanza su quello che è il diritto più menzionato nei rinvii pregiudiziali, cioè a dire il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, sebbene la questione di fondo verta sulle divergenze interpretative tra Cassazione e Corte costituzionale sul riparto di giurisdizione (e quindi sul sindacato *ex art.* 111, comma 8, Cost.). In sintesi, attraverso la prima questione le Sezioni Unite chiedono alla Corte di giustizia se gli artt. 4 (3) e 19 (1-2) TUE, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della CDFUE, siano incompatibili con la [sentenza n. 6 del 2018](#), che secondo tale lettura rappresenterebbe una minaccia all'uniforme applicazione e all'effettiva tutela giurisdizionale del diritto. Con la seconda questione la Cassazione chiede se le stesse disposizioni del diritto europeo siano incompatibili rispetto all'interpretazione per cui le sarebbe impedito sollevare rinvio pregiudiziale contro le sentenze del Consiglio di Stato, al di là dei c. d. "criteri CILFIT"⁹⁰. Secondo tale impostazione, oltre all'uniforme applicazione e all'effettività della tutela giurisdizionale, sarebbe in pericolo il ruolo della Corte di Lussemburgo. Attraverso la terza questione le Sezioni Unite chiedono se, in base al diritto europeo, sia possibile escludere dai soggetti legittimati a contestare un appalto pubblico un operatore economico escluso dalla partecipazione alla gara in una fase preliminare, anche alla luce di una serie di precedenti decisioni della Corte di giustizia in tema di ricorso incidentale escludente e interesse strumentale⁹¹, il cui richiamo, secondo una parte della dottrina⁹², suscita una serie di perplessità.

La prima questione, come anticipato, coinvolge in particolare i profili di interesse del nostro contributo, dal momento che la Cassazione chiede a Lussemburgo, come fosse un "arbitro" esterno, di superare l'interpretazione data dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 6 del 2018](#) dell'art. 111, comma 8 Cost., cui si correla la problematica questione concernente la nozione di giurisdizione. La Corte di cassazione, prima che la Consulta ne escludesse la compatibilità «con la lettera e lo spirito» dell'art. 111, ult. comma Cost., aveva configurato un concetto di giurisdizione "dinamica o evolutiva", per cui il giudizio sui suoi limiti esterni si estende alla verifica dell'effettività della tutela giurisdizionale, traducendosi in una sostanziale sovrapposizione tra unità funzionale e unità organica dei diversi rami della giurisdizione⁹³. La Cassazione cita le sentenze *Internationale Handelsgesellschaft* e la c.d. "Taricco I"⁹⁴ per dare fondamento alla possibilità di disapplicare la disposizione costituzionale come interpretata dalla Consulta. Tuttavia appare evidente che le Sezioni Unite abbiano evitato meditatamente di citare il "seguito" dei due casi⁹⁵, vale a dire la decisione *Solange I* del *Bundesverfassungsgericht* e l'[ordinanza n. 24 del 2017](#) della Corte costituzionale⁹⁶, con il risultato di aver effettuato dei richiami decontestualizzati. Sebbene la Corte di cassazione abbia in alcuni casi seguito l'orientamento espresso dalla giurisprudenza costituzionale nella [sentenza n. 6 del](#)

⁸⁹ R. BIN, *È scoppiata*, cit., 10; B. CARAVITA, *Postilla a S. BARBARESCHI, L. 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, 20.

⁹⁰ P. 54 dell'ordinanza, in riferimento a Corte giust., sent. 6 ottobre 1982, *Cilfit* (C-238/81). Tale dottrina è peraltro stata messa in discussione recentemente: cfr. G. MARTINICO, L. PIERDOMINICI, *Rivedere CILFIT? Riflessioni giuscomparatistiche sulle conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek nella causa Consorzio Italian management*, in [Giustizia Insieme](#), 17 giugno 2021.

⁹¹ Corte giust., *Fastweb SpA v Azienda Sanitaria Locale di Alessandria* (C-100/12), 4 luglio 2013; *Puligenica Facility Esco SpA (PFE) v Airgest SpA (Pugliesica)* (C-689/13), 5 aprile 2016; *Lombardi Srl v Comune di Auletta and Others* (C-333/18), 5 settembre 2019.

⁹² G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in [Giustizia Insieme](#), 7 ottobre 2020, spec. parr. 3 ss.

⁹³ Cfr. M. FRANCAVIGLIA, *La violazione del diritto dell'Unione europea*, cit., spec. 2542 ss. La Cassazione, anteriormente alla [sentenza n. 6 del 2018](#) della Corte costituzionale, era arrivata ad affermare il proprio sindacato *ex art.* 111, comma 8, Cost., anche nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato caratterizzate dal «radicale stravolgimento» delle norme di riferimento nazionali ed europee, tale da sfociare in denegata giustizia (Cfr. Cass. SS.UU. sent. 29 dicembre 2017, n. 31226; 6 febbraio 2015, n. 2242).

⁹⁴ Rispettivamente Corte giust., *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (C-11/70), 17 dicembre 1970; *Criminal proceedings against Ivo Taricco and Others* (C-105/14), 5 dicembre 2017.

⁹⁵ O. SCARCELLO, *The Randstad Case*, cit., 63.

⁹⁶ Rispettivamente: *BVerfG* 37, 271 1971; [Corte cost., ord. 24/2017](#).

[2018](#)⁹⁷, l'ordinanza n. 19598 del 2020 potrebbe portare all'apertura di un grave conflitto nel caso (pur improbabile) che la Corte di giustizia accolga le argomentazioni della Cassazione⁹⁸.

In questa sede ci si è concentrati sullo specifico profilo funzionale all'avanzamento del nostro discorso, ma l'ordinanza della Corte di cassazione chiama manifestamente in causa profili disciplinari e attori giurisdizionali diversi. In particolare, si osserva come, sebbene mal posto, il problema, individuato dalla Cassazione, della sussistenza di una lacuna istituzionale, al di là del dibattito sulla nozione di "giurisdizione dinamica" (che non rappresenterebbe comunque una soluzione) e della critica alla [sent. n. 6 del 2018](#), sicuramente esiste, come sottolineato proprio in tale decisione dalla Corte costituzionale stessa⁹⁹. Fenomeni di "pluralismo agonistico" tra le diverse giurisdizioni rientrano certo nelle dinamiche proprie di un sistema che si caratterizza per il concorso tra sistemi normativi e giurisdizionali, ma il tentativo della Cassazione di costruire un asse con la Corte di giustizia sottende l'intento di scardinare l'attuale assetto giurisdizionale, che rappresenta un *unicum* nel contesto europeo, a causa della concorrenza tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato e della "anomala" collocazione della Corte costituzionale. Sebbene il sistema italiano della duplicità di giurisdizioni si ispiri, come noto, al modello francese, si individuano delle significative differenze¹⁰⁰. In primo luogo, è la stessa Costituzione (art. 111, ult. comma) ad individuare nella Corte di cassazione l'organo titolare a risolvere eventuali (e frequenti) conflitti tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, delineando un sistema di controllo giurisdizionale sì duplice, ma asimmetrico, dal momento che la Corte di cassazione, in quanto titolare del potere di decidere sui motivi inerenti la giurisdizione (concetto peraltro di non facile delimitazione), si colloca in una posizione diversa rispetto al Consiglio di Stato. Inoltre, a differenza del modello francese, dove i membri del *Tribunal des Conflits* appartengono al *Conseil d'État* e alla *Cour de Cassation*, non è previsto un "organo misto" composto dai giudici delle due corti di vertice. Infine, poiché l'attribuzione alla Cassazione del potere di decidere sui conflitti è contenuto in una disposizione costituzionale, l'organo titolare a definirne l'interpretazione non è la Cassazione, bensì la Corte costituzionale. Quest'ultima, come anticipato, si colloca nel nostro sistema in una posizione peculiare, in quanto organo costituzionale di garanzia estraneo alla giurisdizione, al contrario di quanto avviene in Germania. Il *Bundesverfassungsgericht* è al vertice delle cinque corti apicali del sistema giudiziario e ha la duplice natura di organo costituzionale e giurisdizionale, e, in quanto tale, può essere investito in via diretta anche quando un giudice di ultima istanza non appresta le tutele previste, violando il principio del giudice naturale. A questo punto, tornando alla [sentenza n. 6 del 2018](#), al di là della questione della compatibilità con la Costituzione di una concezione "dinamica" della giurisdizione e nella prospettiva di una più ampia interpretazione dell'art. 111, comma 8, si nota come il punto debole della decisione sia insito nel fatto che la Corte costituzionale, pur essendo parte del pluralismo giurisdizionale, non ne è il giudice, non ne rappresenta il punto di sintesi. Il risultato di questo complesso assetto istituzionale è quindi quello di aver creato una costante competizione interpretativa tra la Cassazione e la Corte costituzionale sulla questione della giurisdizione. In questo complicato panorama, non si esclude che la Corte di giustizia possa rivolgere una sorta di monito nei confronti dell'ordinamento

⁹⁷ Cfr. Cass., SS. UU., sent. 6 marzo 2020, n. 6460.

⁹⁸ Per due diverse opinioni quanto alla possibilità che la Corte costituzionale attivi i controlimiti nel caso di accoglimento da parte dei giudici di Lussemburgo cfr. R. BIN, *È scoppiata*, cit., 8-10; G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in [Federalismi.it](#), 16 dicembre 2020, 240, 254.

⁹⁹ Cfr. p. 37 dell'ord. 19598. La Corte costituzionale nella [sent. n. 6 del 2018](#) afferma 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 (quindi, di quella amministrativa per le sentenze dei giudici amministrativi), eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c.». Questo rimedio non è però previsto dal legislatore nazionale come strumento ordinario nei casi di violazione del diritto dell'Unione ascritte agli organi giurisdizionali e rimane il dubbio che possa comunque "paralizzare" l'ammissibilità del ricorso per cassazione, non potendosi escludere in astratto che anche la sentenza emessa in sede di revocazione possa essere in violazione dei limiti della giurisdizione.

¹⁰⁰ O. SCARCELLO, *The Randstad Case*, cit., 59-60.

italiano, un avvertimento quanto alla non piena rispondenza della logica del ricorso incidentale escludente rispetto al principio di effettività della tutela giurisdizionale¹⁰¹.

Considerando anche la già citata giurisprudenza sui casi di doppia pregiudizialità¹⁰², emerge come il ruolo della Corte costituzionale nel contesto della pluralità di giurisdizioni si caratterizzi soprattutto per la capacità di mettere a punto accordi pragmatici, da stabilire di volta in volta, come dimostrato anche dagli esiti delle precedenti “guerre tra corti”. Non resta quindi che attendere gli sviluppi futuri, sia per testare ulteriormente la tenuta del modello dialogico recentemente inaugurato, che per osservare se i “venti di guerra” tra corti si trasformeranno in un conflitto aperto, e se, in base all’esito del “funambolico” rinvio della Corte di cassazione, si manifesteranno accelerazioni o cambi di rotta nel processo di ri-accentramento del controllo sui diritti fondamentali da parte della Corte costituzionale, che presupporrebbe un atteggiamento collaborativo degli altri giudici.

¹⁰¹ Cfr., in attesa della decisione della Corte di giustizia, le conclusioni dell’Avvocato Generale dello scorso 9 settembre: REDAZIONE, *Le conclusioni dell’Avvocato Generale sulle questioni pregiudiziali poste dall’ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 19598 del 2020: il Consiglio di Stato nega la tutela comunitaria sugli appalti, ma la decisione non è sindacabile in Cassazione*, in [Giustizia Insieme](#), 13 settembre 2021.

¹⁰² Ma anche alla giurisprudenza in materia di interpretazione conforme.

Ilaria De Cesare

Constitutional Degradation and the Italian Parliament* **

How can the centrality of the representative body in the Italian legal system be preserved?

ABSTRACT: *The essay focuses on the Italian Parliament and the process that may undermine its centrality in the exercise of the legislative function. The paper investigates whether the representative body has lost its role and suggests some legal interventions to correct this phenomenon. So, it analyses the legal tools (and their effects) used by the Government to impose itself on the Parliament. Though the actual functioning of Italian legal system could still be considered as belonging to the area of what Constitution established, it does not seem possible to postpone a reform to ensure the centrality of Parliament. It appears that the best tool would be an amendment of parliamentary rules of procedure. In particular, the main solution proposed is a reform of the law-making process, to guarantee an evolution - not a transformation - of the Italian legal system.*

SOMMARIO: 1. Constitutional degradation and the transformation of the legal system: a first step toward breaking? - 2. The imposition of government. Legal tools and problematic elements - 3. Suggestions to ensure the legislative function ownership

1. Constitutional degradation and the transformation of the legal system: a first step toward breaking?

In recent years, there has been much talk about transformation in representative democracies. In many legal systems, a re-alignment of functions among public institutions has been observed, which has apparently been driven by the interaction between legal systems and social evolutions. In this context, the concept of “constitutional degradation” has arisen.

In examining this phenomenon, we decided to focus our attention on the equilibria between Government and Parliament, which are – in parliamentary legal systems such as the one in Italy – linked by a vote of confidence and share a number of functions. Thus, the problem of constitutional degradation will be analysed with special reference to the legislative function.

The proposed analysis will be developed from a diachronic perspective, encompassing a timeframe which, according to many, has marked a period of sweeping change in our representative democracy, with a special focus on noteworthy events that have marked our institutional experience in the last 25 years¹.

This temporal context is very useful since it consents us to highlight and link social and institutional dynamics, denoting the way in which society and State (in all of its bodies) have been influenced by each other. Furthermore, the same temporal context seems to delineate, more or less explicitly, the concept of “transformation” too, or, in other words, of heterogeneous phenomena consisting of mutations, deviations and re-adjustments as compared to a starting model that results from a combination of normative (primarily constitutional provisions) and factual elements (especially political ones).

The equilibria in the exercise of functions allocated among constitutional bodies, especially with regard to shared functions, can change when there is a modification in a constitutional system’s

* *Essay published in accordance with art. 3, paragraph 14, of the Journal's regulations.*

** This article builds upon a paper presented during the workshop «Framing and Diagnosing Constitutional Degradation: a Comparative Perspective», organized by DIPEC – University of Siena, that took place in Pontignano, June 2021, the 21st and 22nd. The paper has been submitted for publication in the conference proceedings

¹ On the period between 1993 and the new elections in 2013, *ex multis*, S. Sicardi, M. Cavino, L. Imarisio (eds), *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, Bologna, 2015, where they point out the distinction between the First, Second and Third Republic. See, in any case, the critical observation by U. ALLEGRETTI, *Storia costituzionale italiana*, Bologna, 2014, 185.

components, but this does not always happen in line with the Constitution. Consequently, we must understand what kind of transformation we are talking about². To do this seems useful referring to some scientific concepts. On the one hand, the physical phenomenon of transformation (physical change) is the reversible transition of matter from one state to another. On the other hand, chemical transformation (chemical change) is the irreversible mutation of matter into a different one altogether, through a reaction that severs the pre-existent chemical bonds.

In juridical science³ the “body” subjected to the process of change is the constitutional system. But which kind of transformation is it? Is it possible to imagine two kinds of this phenomenon, one that would be reversible, that may fall within the controversial universe of *costituzione materiale*⁴, and another that would be irreversible, that may pertain to the notion of written constitution and may cause a breakdown⁵ in the constitutional bonds?

What we just outlined leads to another question: what kind of change amounts to constitutional degradation? Degradation of constitutional matter represents a step toward a sweeping legal transformation, since it is a process that impacts institutional behaviours. If it were a structural change, if it were a breakdown in constitutional bonds between bodies (a sort of “constitutional” chemical change), it could cause a breakdown in the Constitution: i.e., an irreversible transformation of our legal system. This is the reason why it is incumbent upon us to reflect on the equilibria affected by this phenomenon: by understanding origins and modalities, it will be possible to make the necessary decisions to prevent an eventual breakdown.

In trying to answer to these questions, the benchmark will be the relationship between Parliament and Government. From this perspective, we will verify whether the juridical instruments and practices which have affected the exercise of the legislative function, have also affected its ownership. In doing so, we will attempt to detect eventual deviations from the constitutional text and from the legal system prescribed in it.

Moreover, the very notion of form of Government is not merely descriptive. Even if classifications are ideated to help the researchers’ studies⁶, form of Government also has a prescriptive meaning⁷. Indeed, the Constitutional Court used this expression to evaluate the power of Parliament to vote on a motion of individual no-confidence for a Minister, in the absence of any reference to that power in the constitutional text⁸. Therefore, following the most recent theories on this point, the commonly understood notion of form of Government is that linked with normative-constitutional elements⁹, without involving other elements even where useful to its functioning.

² We may collect suggestions from a recent paper by R. BIN, *Mutamenti costituzionali: un’analisi concettuale*, in *Dir. Cost.*, no. 1/2020, 23-45, in which the Author underlines how the use of the expression legal system leads the interpreter to talk about change, without considering that what change actually is lies in the description of “being” (how Italy is governed), but doing so while honouring the constitutional “need to be”.

³ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 342-367, on the modern conception of science and, specifically, on juridical science firstly as a rigorous language that allows us to transform subjective knowledge into objective knowledge.

⁴ On the controversy over the admissibility of the concept, elaborated by Constantino Mortati, and on its uses, see A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. Cost.*, no. 2/2010, 311-358. We must stress that we are deeply convinced that the only possible order is the one prescribed by a written Constitution, which – if it exists – represents the insuperable limit for evaluating all institutional behaviour.

⁵ R. BIN, *Mutamenti costituzionali*, cit., 31.

⁶ On the indissoluble relationship between forms of State and forms of Government C. MORTATI, *Le forme di Governo. Lezioni*, Padua, 1973.

⁷ L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, 634-675.

⁸ As recalled by G. SOBRINO, *La forma di Governo*, in S. Siccardi, M. Cavino, L. Imarisio (eds.), *Vent’anni di Costituzione*, cit., 65. Before, L. ELIA, *Forme di Stato e forme di Governo*, in S. Cassese (ed.), *Diz. dir. pubbl.*, Milan, 2006, 2600-2601, that underlines the use of expressions such as «logica del governo parlamentare», «sviluppo storico del governo parlamentare» and «regola fondamentale del regime parlamentare». On Form of Government construed with a prescriptive meaning, read points 7-8 «considerato in diritto», decision no. [7/1996](#), Constitutional Court.

⁹ M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, III, 2010, 538-596, who separates the political-institutional system – to lead even the parties system – from the normative-constitutional one. The Author also excludes from the Form of Government the rules on «le fonti di produzione normativa, perché la regola del rapporto fra gli organi, in questo

Having regard to the above, let us give a brief description of what seems to be the equilibria described in the Constitution between Parliament and Government, with regard to the legislative function. In the constitutional text, this function is outlined not as an exclusive prerogative of the Parliament.

However, by observing all of the constitutional provisions referring to the law-making process and to other acts having the force of the law, we may discern a position of prominence (*lordship*) of the Parliament. This prominence can expand or diminish, but can never completely disappear, because the Chamber of Deputies and the Senate are and remain the holders of the legislative function at the state level¹⁰, where that function can be “delegated” to the Government only if the provisions of the Constitution are honoured.

After all, the Parliament is the body that is most deeply, even genetically, linked with the representative principle, since it is the only place in which seated representatives of the citizens. The legislative function is the paradigmatic way of applying this constitutional principle: thanks to this function, the elected majority can translate its political guidance into positive laws, subject to compliance with the Constitution.

Notwithstanding the foregoing, over time we have witnessed a gradual reduction in the exercise of this function by the Chamber of Deputies and Senate, with a shift toward the Government. This has led the doctrine to support at the very least an enhancement of Parliamentary instruments of control, when Government is seen as becoming, through the decree-law procedure or the legislative delegation procedure, the protagonist in the legislative decision-making process.

In relation to the questions posed above, these considerations introduce a new (and last) question: is it enough to enhance the control function in order to ensure respect for legislative *ownership*?

Now that the aims of our analysis have been defined, we can proceed to examine instruments that seem to characterize this phenomenon that is impacting our Parliament: after all, it is within the opaque folds of the system’s rules and institutions that constitutional degradation is creeping in.

2. *The imposition of Government. Legal tools and problematic elements*

When Bagehot enumerated the functions of the House of Commons, he did not consider the legislative function « as important as the executive management of the whole state, or the political education given by Parliament to the whole nation»¹¹. In the Italian legal system as well, the legislative function is not (any longer) considered as the function that displays the prominence of Parliament¹², even if Parliament formally holds ownership of such function¹³.

Regarding the legislative function, we observe a number of distortive practices in the use of the instruments of governmental co-participation, that could be defined as signs of Italian constitutional degradation.

We may discern the first degenerative practice as consisting in the procedure for the adoption and confirmation of decree-laws¹⁴. This has caused three constitutional cases to “come back to the

caso, è mediata dalla regola del rapporto fra gli atti e i (fatti)normativi», which in this analysis are considered as an element necessary to define the relationship between Parliament and Government. ID., *Governo*, cit., 586.

¹⁰ On this see art. 70 Const., that identify the institutional body “delegated” to the legislative function. N. LUPO, *Art. 70*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (eds.), *Commentario alla Costituzione*, Turin, 2006, 1337.

¹¹ W. BAGEHOT, *The English Constitution*, [1867], M. Taylor (ed.), New York, 2001, 100-102. These observations are the result of a change that affected the Parliament, attaining the sharing of the political direction function. See S. SICARDI, *Il parlamento e il suo futuro*, in M. Cavino, L. Conte (eds.), *Le trasformazioni dell’istituzione parlamentare. Da luogo di compromesso politico a strumento tecnico della divisione del lavoro*, 25 November 2016, Naples, 2017, 12-13.

¹² G. BRUNELLI, *Il Parlamento*, in *Rivista AIC*, no. 2/2018, 7, who linked the prominence of Parliament in the legal system to the circumstance that it is the centre of popular sovereignty.

¹³ Discussions on a «production machine» of laws G. BRUNELLI, *Il Parlamento*, cit., 14.

¹⁴ The origins of certain institutional behaviours date very far back in time, but it is just since the 90s that the Constitutional Court has started its interpretational orientation. See N. LUPO, *Il Governo italiano*, 173.

Constitution”¹⁵: the possibility of declaring the unconstitutionality of decree-laws adopted in the absence of conditions imposed by art. 77 Const.¹⁶; the censure of the reiteration¹⁷; finally, the necessary homogeneity of the substance of the confirmation law with respect to the law-decree¹⁸.

The 2017-2018 report¹⁹ from the *Osservatorio sulla legislazione*²⁰ shows relatively few decree-laws adopted during the XVI and XVII legislatures (respectively, 14.37% and 12.92% out of all normative acts)²¹. But the most interesting result is that related to the confirmation: out of all laws (almost 50% of all normative acts), 28% and 22%, respectively, are confirmation laws, and just a few are the non-confirmed decree-laws, mainly because their contents are merged into other decree-laws²².

To the numerical result, we must add a “substantive” one: decree-laws are increasingly showing heterogeneous content²³, despite the constitutional case law on this point, which has declared the unconstitutionality of this kind of provision, even if *ab origine* included in the confirmed decree-law²⁴.

The numerical data on the confirmation of decree-laws suggest that this procedure is becoming a sort of *de facto* ratification. This suggestion is confirmed by the difficulties faced by the competent Commissions in reviewing, in contingent times, heterogeneous contents and in ensuring an in-depth discussion about them, even though numerous decree-laws are confirmed with modifications²⁵.

Moving onward to the legislative delegation and its use, we find our second distortive practice. It may be noted that over time, there have been more problematic cases concerning the correspondence between delegation laws and legislative decrees²⁶, than cases concerning how this delegation is enacted²⁷. But the problem with the exercise of the legislative function by the Parliament, in the delegation law, lies specifically in the latter ones²⁸.

¹⁵ G. D’AMICO, D. TEGA, 1993-2013: *la Corte costituzionale tra giurisprudenza e politica*, in *Vent’anni di Costituzione*, cit., 560.

¹⁶ Decision no. [29/1995](#) Constitutional Court, and then decisions nos. [171/2007](#) and [128/2008](#).

¹⁷ Decision no. [360/1996](#) Constitutional Court.

¹⁸ Decisions no. [22/2012](#), [34/2013](#) and [32/2014](#) Constitutional Court.

¹⁹ *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione Europea, Rapporto 2017-2018*. On July 2020, the 28th the [2019-2020](#) report was presented. The last [Report](#) analyses the first two years of XVIII legislature (March 2018, the 23rd – July 2020, the 23rd) and refers to the state legislation as «linee ormai consolidate», 23.

²⁰ Established within the Chamber of Deputies.

²¹ [Report 2017-2018](#), 17.

²² [Report 2017-2018](#), 18 and 21. The report underlines that during the XVII legislature just two law-decrees were effectively not confirmed. Notice that the report on the first two years of XVIII legislature shows a slight decrease in confirmation laws, with 34% on the total laws, down from 39% for the first two years of XVII legislature. See [Report 2019-2020](#), 26.

²³ On this point, and for a specific analysis of the Report 2017-2018, see E. AURELI, *L’uso dei decreti legge nella XVII legislatura*, in *Rivista AIC*, no. 1/2019, 302-333.

²⁴ Decision no. [128/2008](#) and, previously, decision no. [171/2007](#) Constitutional Court. Furthermore, in decision no. [22/2012](#), the Constitutional Court declares for the first time the unconstitutionality of a provision introduced with the confirmation of the law-decree, due to its clear extraneousness with respect to the original content of the law-decree. Even earlier on this point, Q. CAMERLENGO, *Il decreto legge e le disposizioni “eccentriche” introdotte in sede di conversione*, in *Rass. Parl.*, 2011, 91-120.

²⁵ [Report 2017-2018](#), 8, confirmed by [Report 2019-2020](#), 23. This data was considered an element leading to doubts on the theory that see in the governmental use of emergency decrees an attempt to get around parliamentary discussions. But the extremely heterogeneous content of decree-laws, the limited timeframes for discussing and approving them, and the subdivision into many commissions are still all elements that hinder a serious parliamentary discussion. See E. AURELI, *L’uso del decreto legge*, cit., 306-314.

²⁶ *Ex plurimis*, Decision no. [80/2012](#) Constitutional Court.

²⁷ We note, from the opposite perspective, decision no. [251/2016](#) Constitutional Court, which declared the unconstitutionality of the content of a delegation law, involving a number of legislative decrees as well. On this point, see N. LUPO, *Il Governo italiano, settanta anni dopo*, in *Rivista AIC*, no. 3/2018, 189.

²⁸ Take, for example, the practice of introducing other restrictions, such as the advice given by parliamentary Commissions in order to overcome the absence of criteria required under art. 76 Const. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, XXI ed., 385-386.

In particular, a phenomenon has been observed, defined as “law *with* delegation”²⁹. In fact, very often the delegation is meant to hold onto laws with a more extensive content, or laws adopted for different reasons, as is the case of the delegation *in* a confirmation law of a decree-law. This procedure risks hindering a serious discussion in Parliament on the delegation, and the discussion risks completely disappearing when the confirmation law is “protected” by a vote of confidence³⁰. So, in this manner, the Parliament rids itself (temporarily, of course) of the legislative function, without a real will to do so.

The last «problematic practice»³¹ that affects the parliamentary exercise of legislative function is that of the vote of confidence on the maxi-amendments. For some time, the doctrine has underlined that these kinds of amendments are rarely compatible with the constitutional architecture of the law-making process, which envisages that parliamentarian will should be «as free as possible»³². Often the approval is locked by the vote of confidence, an instrument which relegates parliamentary discussion (and its will) to the back burner.

Furthermore, we must highlight that starting from the XVII legislature, the practice of institutional *fair play* in which the Government refrained from proposing maxi amendments having content differing from that of the text examined by Parliament³³, was interrupted. This interruption has deteriorated parliamentary discussion even further.

The most evident shift in maxi-amendment praxis took place during the discussions of the budget law for 2019, that is the focus of a case arising out of the separation of powers, that ended with Decision no. [17/2019](#) Constitutional court. The recurring Parliamentarians had complained of a «inaccettabile totale compressione del ruolo delle Camere»³⁴, due to the impossibility, in the Commission and in the Assembly, of examining the content of proposed maxi-amendment, because a vote of confidence had been imposed on it³⁵.

The Court has perhaps demonstrated a cautious approach³⁶, declaring the issue inadmissible, since a violation of parliamentary prerogatives, which must be *very* clear, has not been found³⁷. Moreover, this case law seems to retrace the others on decree-laws, in which the Court has chosen to declare their unconstitutionality only in the face of violations of the Constitution that are «*evidenti*», «*manifeste*», «*palesi*», leaving significant room in the relationship between the Parliament and the Government. But in decision no. [17/2019](#), the Court also emphasised the importance of reducing practices that undermine the role of law as a place for public and democratic conciliation of various different interests at stake³⁸.

²⁹ M. CAVINO, *Le fonti del diritto*, in *Vent'anni di Costituzione*, cit., 336.

³⁰ See M. CAVINO, *Le fonti del diritto*, cit., 336-337, analysing decision no. [237/2013](#) Constitutional Court; on this topic, see also A. RUGGERI, *La impossibile “omogeneità” di decreti-legge e leggi di conversione, per effetto della immissione in queste ultime di norme di delega (a prima lettura di Corte cost. n. 237 del 2013)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, *Rassegna*, no. 11/2013, 1-9.

³¹ ¶ 5 «considerato in diritto», decision no. [251/2014](#) Constitutional Court, as recalled by N. LUPO, *I maxi-emenamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio delle fonti*, no. 1/2019, 6.

³² On this point, see the extensive discussions by A. RUGGERI, *In tema di norme intrusive e questioni di fiducia, ovverosia della disomogeneità dei testi di legge e dei suoi possibili rimedi*, in *Federalismi.it*, n. 19/2009, 1-11.

³³ N. LUPO, *I maxi-emendamenti*, cit., 4.

³⁴ ¶ 8 «ritenuto in fatto», decision no. [17/2019](#) Constitutional Court.

³⁵ On the budget session 2020 and on the repetition of practices seen before – except for the government maxi-amendment – see C. BERGONZINI, *La sessione di bilancio 2020, tra pandemia e conferma delle peggiori prassi*, in *Oss. Cost.*, no. 1/2021, 215-232.

³⁶ It is very difficult to imagine a more severe violation than the one that happened in this procedure. See A. ANZON DEMMIG, *Conflitto tra poteri dello Stato o ricorso individuale a tutela dei diritti?* in *Giur. Cost.*, no. 1/2019, 189, and M. MANETTI, *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli interna corporis acta*, *ibid.*, 193. This case-law was recently confirmed by decisions nos. [274-275/2019](#) and no. [60/2020](#) Constitutional Court.

³⁷ On the reasons given by the Court see the «considerato in diritto». Critical, *ex multis*, A. RUGGERI, *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in *Rivista AIC*, no. 2/2019, 597-610.

³⁸ ¶ 4.3 «considerato in diritto», decision no. [17/2019](#) Constitutional Court.

We must stress that a new institutional behaviour, that impacts on the role of Parliament, has arisen in the context of the emergency caused by the pandemic of Covid-19, especially in the initial period of the emergency. The Government, instead of using numerous decree-laws, imposed in decree-law no. 9/2020 the conditions aimed at facing (partially) the emergency using a different act: Prime Minister Decree (D.P.C.M.)³⁹. As this practice of few decree-laws and many D.P.C.M.s continued, later we observe that there has been a partial reaffirmation of the Parliament through the confirmation of decree-law no. 19/2020, which included an amendment that imposes on the Government an obligation to illustrate Prime Minister decrees to the Chambers before their adoption. In this manner, it is possible for Parliament at least to elaborate suggestions⁴⁰.

Even if this last institutional behaviour is non-structural, since it is linked with the management of the pandemic⁴¹, the other described practices relegated the Parliament to a secondary role, since not only did it lose its prominence in the exercise of its legislative function, but it also walks in the shadow of the Government, retaining a merely formal, if not ancillary, role.

Given the annihilation of parliamentary discussion⁴², it seems very difficult to consider this a reorganization of the exercise of legislative function. And this holds true regardless of recognition of the Parliament's ownership of such function. In these circumstances, the ownership of the legislative function seems impaired since it is devoid of substance if there is no genuine and aware exercise of such function.

Therefore, the spread of practices that reduce or eliminate discussions on the content of normative acts, which seriously impairs the will of each Parliamentarian, *also* causes deterioration in the ownership of the legislative function, and not merely its exercise.

This degradation could ultimately lead to a "chemical" transformation of the Italian form of Government. We are facing practices that appear divergent with respect to the Constitution and, if they become consolidated⁴³, they could lead to a different legal system and not just to a new layout of institutional equilibria.

In addition, the progressive removal of discussions on laws prevents Parliament from reaching a reconciliation of requests coming from society⁴⁴, which is the heart of the legislative function. Increasingly often we are witnessing the affirmation of a binary "yes/no" approach, which is genetically extraneous to the notion of parliamentary discussion⁴⁵, but very common today and its political parties.

This circumstance must be kept in consideration since the solutions proposed to save the parliamentary ownership of the legislative function will not be totally effective, if there is no resurrection of the concept of representation, which continues to foster discussions and conciliation among differing interests.

³⁹ Among the first analyses see M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in [Federalismi.it](#), no. 1/Osservatorio emergenza Covid, 1-9, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Il diritto pubblico della pandemia](#), in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, II, Genova, 2020, 9.

⁴⁰ For a reconstruction of the steps that led to a *parliamentarisation* of the management of the pandemic, see V. LIPPOLIS, *Il Rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in [Rivista AIC](#), no. 1/2021, 268-277.

⁴¹ For future, we should collect suggestions from M. LUCIANI, *Il Sistema*, cit., 120 and 141, and control that the extraordinary do not become ordinary.

⁴² Even at the beginning of the XVIII legislature, we see this phenomenon, with the formation of the Conte I Cabinet. A return to the centrality of Parliament took place during the formation of Conte II Cabinet. See Q. CAMERLENGO, *La forma di governo parlamentare nella transizione dal primo al secondo esecutivo Conte: verso un ritorno alla normalità costituzionale?*, in [Osservatorio costituzionale](#), no. 5/2019, 13-24. An analysis of parliamentary discussion at the beginning of the XVIII legislature is offered by C. F. FERRAJOLI, *Le Camere non discutono più. Crisi del dibattito parlamentare e irresponsabilità politica degli organi rappresentativi*, in *Lo Stato*, no. 13/2019, 29-45.

⁴³ If these practices had the strength to become full-fledged constitutional conventions, this would be a problematic hypothesis that would need to be studied. On this point, see the studies collected in A. BARBERA, T. F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008.

⁴⁴ See G. AZZARITI, *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare: da luogo del compromesso a strumento tecnico della divisione del lavoro. Considerazioni conclusive*, in *Le trasformazioni*, cit., 112.

⁴⁵ A. D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in [Rivista AIC](#), no. 1/2018, 13-15.

3. Suggestions to ensure the legislative function ownership

Among many possible solutions for correcting the described practices, the one that seems – for now – the most adequate is a reform of Parliamentary Rules, moving in the direction of restoring the constitutional equilibria of the legislative function⁴⁶.

In the doctrine, there have been recent debates on the reduction of the role of the Chambers – not just a quantitative reduction, but also a qualitative one. The solution often proposed is to enhance the parliamentary control function.

The assumption underlying such theory, even if there are various points of view on several different versions of the theory, seems to be the acceptance of one circumstance: outside the legal system, we are witnessing so many transformations that a overhaul of the role of Parliament is necessary, even without a modification of the Constitution⁴⁷.

Even if this assumption were incontrovertible, we ask ourselves whether the overhaul of the Parliament must entail the acceptance of loss of ownership of the legislative function, to be balanced with an enhancement of the control function.

First of all, it is worthwhile to clarify that the control function is inherent in the parliamentary legal system, since the action of the Government is always subject to evaluation and confirmation by the political representation body, which can express a vote of no confidence on the Government⁴⁸, causing its resignation, without its concomitant fall⁴⁹. In this manner, the function would extend itself to all functions exercised by the Parliament over the Government and would consist in verifying the controlled institutional action. As a result, the control function would be transversal⁵⁰.

Focusing specific attention on the relationship with the normative function, the proposals would recommend a much more specific «legislative control»⁵¹. In particular, what is proposed is to enhance the parliamentary inquiry, as implicitly provided under art. 72 Const.⁵² – to be read in conjunction with art. 70 Const. on the parliamentary ownership of the legislative function⁵³ – which had been provided only under art. 79 Chamber Rules, from 1997.

Without doubt, inquiry is an important step in the law-making process since it allows the law to perform its function of regulating society with «full cognition»⁵⁴. We certainly can affirm that an in-depth and adequate inquiry is a necessary condition, but still not enough to save the Chambers' effective ownership of the legislative function. Indeed, the inquiry may be sacrificed by the practices analysed⁵⁵: take, for example, how it vanishes due to the vote of confidence on a maxi-amendment

⁴⁶ See N. LUPO, *Funzioni, organizzazione e procedimenti parlamentari: quali spazi per una riforma (coordinata) dei regolamenti parlamentari?*, in [Federalismi.it](#), special no. 1/2018, 14-16.

⁴⁷ *Ex multis*, F. DAL CANTO, *Tendenze della normazione, crisi del Parlamento e possibili prospettive*, in [Federalismi.it](#), special n. 3/2019, 41-43; P. PICCIACCHIA, *La funzione del controllo parlamentare in trasformazione*, *ibidem*, 134-137; A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*, [Federalismi.it](#), *ibidem*, 279-283. More in general, the studies collected in a volume M. Cavino, L. Conte (edited by), *Le trasformazioni*, cit.

⁴⁸ We may note as part of the relationship of confidence the «procedimentalizzazione più compiuta» of the control function, but this is not the only one, A. MANZELLA, *Il parlamento come organo costituzionale di controllo*, in [Nomos](#), n. 1/2017, 6.

⁴⁹ A. D'ANDREA, *Le funzioni di controllo: dal Parlamento controllore al Parlamento controllato*, in *Le trasformazioni*, cit., 91-96.

⁵⁰ N. LUPO, *La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, in [Amministrazione in cammino](#), 2009, 3-4. On the difficulties in restricting notions and effects of parliamentary control, see P. PICCIACCHIA, *La funzione di controllo*, cit., 137-140.

⁵¹ A. MANZELLA, *L'opposizione*, cit., 282.

⁵² F. DAL CANTO, *Tendenze della normazione*, cit., 50.

⁵³ Q. CAMERLENGO, *L'istruttoria legislativa ed il sindacato di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, n. 3/2012, 2457-2481, especially 2460-2461.

⁵⁴ Q. CAMERLENGO, *L'istruttoria legislativa*, cit., 2462.

⁵⁵ See A. D'ANDREA, *Le funzioni di controllo*, cit., 101-102.

on a confirmation law⁵⁶. Therefore, it is necessary to restore the identification of ownership and exercise of the legislative function, and after that, to enhance the inquiry phase.

In addition to the foregoing, we need to add another consideration: Parliament, because it is the place of national political representation, *cannot* give up the legislative function because the electoral game is played in it⁵⁷. A technical control over government acts cannot be enough since Parliament must participate effectively in the normative procedures. Moreover, the consequence of the exercise of the control function is to bolster the responsibility of Government. On closer look, this does not allow for a real parliamentary impact on interests affected by a normative act, even if the preventive control is strengthened⁵⁸. At the same time, however, it is on the representative level that we encounter the greatest difficulties, since the examined practices are just the most evident aspect of a more profound degradation that is affecting the Parliament *as* the centre of political representation. This degradation impacts the representative concept itself and shows up through the elimination of dialogue between opposing parties, in favour of a binary approach, that is typical of direct democracy and not of representative democracy.

For this reason, as we face this degradation, the real question is whether we want to save the Parliament's *ownership* of the legislative function. If the answer is affirmative, it will not be enough the enhance of control function⁵⁹, but it will be necessary also to streamline the practices analysed⁶⁰, and to achieve a decisive restoration of the representative branch⁶¹.

This is the real challenge we face. To win, the proposed amendment to the Chambers Rules should restore the exercise and the ownership of the legislative function, without forgetting the circumstances that have led the Government to assume a more decisive role in the exercise of the normative function.

Maybe it is necessary to think of the legislative function as a *genus*, which encompasses two *species*: a "technical" one, exercised also with the Government, and a "political" one, without any sharing. In the first type, we can imagine that the political aspect of legislative function is mixed with a technical aspect. This type encompasses the practices analysed and must be regulated to reflect more constitutional procedures where the technical aspect does not prevail on the political aspect. In the second type, the Chambers must exercise the more traditional legislative function, which rendered them the centre of political representation.

Parliament must not retreat in the face of high political choices which qualified the nature of a State and, at the same time, it must effectively participate in the adoption of normative acts deriving from a legislative function that is shared with the Government. This could be a (partial) solution to reverse the current trend toward constitutional degradation and to avoid the risk of an irreversible constitutional break.

⁵⁶ A practice which had serious adverse effects on the inquiry procedure pursuant to art. 79, Chamber Rules, together with that of referring the discussion of projects to the Assembly even when the preliminary investigation has not been completed or has not even begun. See N. LUPO, *La funzione di controllo*, cit., 12-13. On art. 79 Chamber Rules, discusses the «occasione mancata» F. DAL CANTO, *Tendenze della normazione*, cit., 48.

⁵⁷ V. LIPPOLIS, *Un parlamento sotto attacco e in crisi di identità*, in Federalismi.it, special no. 3/2019, 253.

⁵⁸ On this point, P. PICIACCHIA, *La funzione di controllo*, cit., 142-144.

⁵⁹ The constitutional reform of 2016 had attempted to move in this direction and seemed to be inspired by the French constitutional reform of 2008, which had bolstered parliamentary control. See N. LUPO, *Funzioni, organizzazione, procedimenti*, cit., 20. But in France, we have a different form of Government, i.e., a semi-presidential one, where the relationship between Government-Parliament-citizens is partially different from that seen in the parliamentary form of government.

⁶⁰ One scholar defines as «problemi non risolti delle due Camere» those concerning the legislative function: G. BRUNELLI, *Il Parlamento*, cit., 14. Note that during the XVII legislature, a process to reform the Chambers Rules had begun, but only ended in the Senate and without the expected results, as evidenced by the content of decision no. [17/2019](#) Constitutional Court.

⁶¹ G. AZZARITI, *Le trasformazioni*, cit.

Bertrand Faure***Les droits des femmes dans les constitutions françaises****

ABSTRACT: The essay focuses on the rights of women in the French Constitutions. After having retraced the constitutional evolution of political rights in the female perspective, the author draws the attention and examines with a critical approach the development of civil and social rights of women, in the light of the jurisprudence of the Conseil constitutionnel.

SOMMAIRE: Prémisses. – I. Les droits politiques des femmes. – II. Les droits civils et sociaux des femmes.

Il serait a priori peu raisonnable d'aborder le statut des femmes en écartant toute référence à nos Constitutions. On trouve nécessairement dans toutes celles qui se sont succédées depuis la Révolution française les idées, les convictions et les solutions de chaque époque: la conquête de la démocratie représentative et du suffrage, de la liberté et l'égalité sous toutes leurs formes, des garanties économiques et sociales que l'Etat s'engage à fournir à ceux qui en éprouvent la nécessité. S'y affichent ainsi toutes les batailles politiques et sociales et les doctrines qui se sont révélées. La méthode de recherche historique est alors convoquée. Celle-ci permet le jeu des parallèles entre les régimes faisant ressortir les avancées et les continuités.

Le problème est qu'on n'a jamais affaire qu'à des formules rondes et polies au niveau des textes constitutionnels dont les auteurs eux-mêmes savent qu'elles n'ont guère de chance de se réaliser complètement. Les compromis, les doctrines opposées donnant lieu à des solutions dosées qui sont celles qui régissent la vie juridique réelle, apparaissent plutôt dans les lois et les jurisprudences. Les constituants ont placé dans leur œuvre des affirmations qu'ils n'ont pas forcément pesées parce qu'elles leur paraissaient aller de soi. Ils leur ont même donné le statut de principe absolu s'en s'attacher à vérifier si la réalité pouvait y croire. En posant dans l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946 la garantie pour la femme de disposer, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme s'était-il préoccupé de réviser le droit positif qui, à l'époque, établissait le mari comme le chef de famille pouvant imposer à sa femme la résidence conjugale, l'empêcher d'exercer une profession séparée? Cet alinéa déclarait plus qu'il n'innovait puisque, selon ses termes mêmes, il appartenait à « la loi » d'intervenir pour assurer cette égalité de droits. C'est une évidence à laquelle il faut généralement se résigner: le statut des libertés appelle bien souvent à distinguer la consécration de principe d'une part, de l'aménagement concret du régime d'autre part, réservant au constituant la première de ces deux opérations. Au surplus, la loi disposera d'une certaine autonomie par rapport à la Constitution, notamment dans tous les cas où l'égalité n'aurait aucun sens dans les cas où l'on touche aux limites de la nature comme le laissaient entendre le commentaire de J. Rivero et G. Vedel: « non sans quelque raisons », nous disent-ils, les minimas olympiques ne sont pas les mêmes pour les deux sexes¹. La célèbre formule selon laquelle le parlement britannique « peut tout sauf changer un homme en femme » n'aurait donc rien, sous cet angle de vue, d'une boutade misogyne. La déclaration absolue de l'alinéa 3 du Préambule de 1946 n'engage pas concrètement le travail législatif.

Au fond, le préambule permet plus qu'il ne consacre, manifestant le désir de préparer des positions favorables quand viendrait l'heure plus tardive des progrès. Alors les droits des femmes, comme d'autres droits, ne progresseront pas autrement que par des conquêtes définitives à espérer tout en laissant l'avenir ouvert à d'éventuelles autres conquêtes.

Cette liberté du législateur ressortait également des contradictions relevées à propos de la force juridique du préambule de 1946: les principes posés étaient-ils revêtus de la pleine valeur constitutionnelle ou n'exprimaient-ils, à défaut, que des principes de philosophie politique et sociale? Ce qui était certain, au vu de la Constitution de la IV^{ème} République, c'est que le Comité

* Professeur à l'Université de Nantes.

** Essai publié conformément à l'art. 3, paragraphe 14, du règlement de la revue.

¹ J. RIVERO et G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », *Droit social* 1947, volume 31, 13.

constitutionnel qui avait été prévu pour examiner si les lois votées par l'Assemblée étaient en accord avec la Constitution (art.91) excluait de son champ le préambule, faisant planer un sérieux doute sur la valeur constitutionnelle de ce préambule. Sur ce point, on sait que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a mis fin aux controverses en consacrant la pleine valeur du préambule de la Constitution de 1958 et, par là-même, à l'ensemble des textes auxquels il se réfère, dont le préambule de 1946, quand bien même celui-ci renfermerait, pour l'essentiel, des objectifs constitutionnels².

Au total, on ne peut pas dire que le préambule de la Constitution de 1946 ait pu réaliser une déclaration totale de droits puisque sont restés largement sous silence le problème de l'efficacité de ces droits tant en raison de leur sanction que de leurs rapports avec leurs conditions d'existence. C'était une déclaration renfermant des incertitudes et même des vices. Elle était à renforcer et à compléter pour qu'on évite de constater entre le droit et la réalité vécue un contraste, comme c'était le cas dans le domaine de la famille. J. Rivero et G. Vedel nous apprennent que l'alinéa 3 avait été voulu pour consacrer définitivement le droit de vote des femmes qui n'avait pour lui que l'autorité d'un texte ordinaire, procédant de l'ordonnance du gouvernement provisoire de la République du 21 avril 1944. En cela, l'alinéa 3 n'était pas un point litigieux du Préambule. Pourtant, la formule employée pouvait être lue comme ayant bien plus de portée, suggérant un alignement en tous points des possibilités juridiques des deux sexes.

Dernière ambiguïté de 1946: ses principes sont très généralement regardés comme une condamnation de l'individualisme révolutionnaire de 1789. Il était temps que l'homme abstrait de 1789 reçoive de l'Etat toutes les garanties matérielles d'existence que la misère de la vie pouvait refuser à son groupe social (jeunes, chômeurs, malades, étrangers...) le laissant alors hors d'état de profiter de ses libertés. L'histoire de la France devait ainsi se mettre à jour. Mais la construction de cette nouvelle démocratie économique et sociale lui donne ce dont elle a besoin en lui imposant sa loi et celle-ci n'est pas une cure d'épanouissement pour le cas de la femme. En la considérant tout à la fois comme « mère », « citoyenne » et « travailleuse » la Constitution se préoccupe en fait de lui permettre de concilier tous ses devoirs en invitant la loi à intervenir en ce sens. En clair, elle l'assigne à une exigence qui n'appartient qu'à sa catégorie. Autrement dit, la « famille » légitime est le cadre dans lequel la femme pouvait espérer de nouvelles conquêtes juridiques avec pour horizon d'y vivre dignement (Projet Constitution 19 avril 1946, art.24³, art. repris et condensé avec les art.23 et 29 notamment au sein de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁴), réservant, toutefois, pour faire une lecture totale du Préambule, les cas où elles viendraient rejoindre la catégorie des « économiquement faibles » qui n'a pas de sexe (chômeurs, vieux travailleurs, étrangers...). La diversité des solutions s'inscrivait ainsi au plus profond des réalités de l'époque. Elles prennent encore le visage de l'actualité. Mais c'est aussi une fidélité à une certaine tradition constitutionnelle française qui pouvait inspirer les solutions de 1946. En ce sens, les Chartes constitutionnelles du 4 juin 1814 et du 14 août 1830 promettait aux « veuves » le soutien de l'Etat au même titre que les militaires (art.69 et 60). La Constitution du 4 novembre 1848 trouvait sa base dans « la Famille, le Travail, la Propriété, l'Ordre public » (Préambule, points IV et VIII).

Nous ferons le tour des droits que les Constitutions accordent aux femmes en abordant successivement le domaine politique et le domaine civil :

² Le Conseil d'Etat aura été la première juridiction à donner autorité à l'alinéa 3 du Préambule de 1946 : 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale et de la recherche*, Rec. 152. Voir sur les rapports entre le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel sur ce point, M. CLAPIE, *De la consécration des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaire à notre temps*, thèse Montpellier 1992 (dactylo.), spéc. 301 et s.

³ « La Nation garantit à la famille les conditions nécessaires à son libre développement. Elle protège également toutes les mères et tous les enfants par une législation et des institutions sociales appropriées.

Elle garantit à la femme l'exercice de ses fonctions de citoyenne et de travailleuse dans les conditions qui lui permettent de remplir son rôle de mère et sa mission sociale. »

⁴ « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

I. Les droits politiques des femmes.

Pour les plus anciennes Constitutions françaises dépourvues de déclaration de droits, le prisme de leurs rapports aux femmes est essentiellement celui de la démocratie politique. Ces Constitutions donnent même ici le siège de la matière. Jusqu'en 1946, elles adoptent et perpétuent le point de vue d'établir le suffrage politique au seul profit de certains hommes. On peut ainsi marier le révolutionnaire, le royaliste, le sénateur de la III^{ème} république dans un unisson pour rejeter, en toute conscience de leur part, la participation des femmes à la vie politique, sorte de consentement universel et permanent attestant de leur vérité sur ce point. A cet égard, les constitutions révolutionnaires entrent généralement très avant dans les détails pour délimiter avec précision les contours de la citoyenneté⁵. Et, dans ce jeu des parallèles historiques, le constituant de 1848, à qui pourtant nous devons le suffrage universel et l'interdiction de l'esclavage, n'occupe pas une place à part.

Le chemin qui aura mené les femmes à la citoyenneté sera passé par des paysages variés. Des Constitutions révolutionnaires à la Constitution de 1848, les femmes et les hommes formaient indistinctement la collectivité de tous les citoyens. En cette qualité, ils étaient tous souverains, fussent-ils représentés pour la confection des lois. Il n'y a guère que certains hommes, en raison de leur âge et de leur niveau de revenu, qui étaient appelés à exercer la fonction élective consistant à désigner, non pas comme un droit mais comme une mission nécessaire, les représentants de l'ensemble de la collectivité. C'est parce que l'électorat était regardé comme une fonction que la constitution pouvait en subordonner ainsi l'exercice, comme pour toute autre fonction, à certaines conditions. La terminologie de 1791 distinguait ainsi les *citoyens actifs* des *citoyens passifs*. Leurs responsabilités les distinguaient donc, pas leur qualité⁶. On pourra trouver, qu'ainsi conçue et vécue, la citoyenneté des femmes était une apparence hypocrite. Néanmoins la fidélité aux Lumières aurait pu inspirer aux révolutionnaires des solutions plus sévères. La distinction chez Rousseau, entre les citoyens et les sujets était fondée sur l'impossibilité pour les femmes d'acquérir et d'exercer des droits politiques autrement que par l'intermédiaire de leurs époux et de leur famille. Elles pouvaient en jouir par ricochet en quelque sorte ; laissant d'ailleurs en suspens le sort des célibataires et des veuves⁷. La conquête du suffrage universel, proclamée pour les hommes en 1848, ne s'est pas étendue à toutes les femmes en 1946 puisque c'est en 1958 que les femmes musulmanes ont acquis le droit de vote dans les départements d'Algérie.

Mais la liberté politique n'est pas le pouvoir politique. La nuance est capitale. Habilitées à voter, les femmes demeurent néanmoins dans une subordination politique aux hommes si l'occasion pour elles de se faire élire ne se présente pas. Et elles savaient à quoi s'en tenir sur ce point, toujours représentées par des hommes. La première Assemblée constituante de 1945 ne leur cède que 5,6% des sièges. L'Assemblée nationale de 1995 n'est encore occupée que par 6,1% de femmes⁸. Et les élus locaux étaient traditionnellement des hommes. Le pire est que les manifestations d'indignation et les tentatives de réforme en faveur de quotas d'élus par sexe n'ont jamais fait défaut mais les données du droit constitutionnel tournées vers l'abstraction et l'universalisme auront joué un rôle d'empêchement. C'était au prix d'une construction aventurée reposant sur un double amalgame que la décision du 18 novembre 1982 avait refusé que la loi – votée à la quasi-unanimité des députés – réserve 25% des sièges aux femmes dans les conseils municipaux: en regardant les élections locales comme des élections politiques au sens de l'article 3 de la Constitution – car les citoyens y sont

⁵ Par exemple, Constitution du 5 fructidor an III, art. 8 : « Tout homme né et résident en France qui, âgé de 21 accomplis, s'est fait inscrire sur le registre civique de son canton, qui a demeuré depuis pendant une année sur le territoire de la république, et qui paie une contribution directe, foncière ou personnelle, est citoyen français... ». Voir également Constitution du 22 frimaire an VIII, art.2

⁶ Voir, R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey 1922, tome 2 436 et s.

⁷ G. BACOT, « La situation juridique des non-citoyens d'après J.-J.Rousseau », RDP 2000, 77.

⁸ D. ROMAN, « Droit et féminisme : les hésitations du parlement français », *Pouvoirs* 2020, 27.

convoqués - d'une part ; en étendant aux éligibles le principe du caractère indifférencié des électeurs posé par cet article 3 d'autre part⁹. Il était tout de même difficile de considérer que la souveraineté nationale était en cause dans l'élection des conseils municipaux gouvernés par le principe de « libre administration » de l'article 72. N'était-il pas possible de résoudre autrement la question constitutionnelle? Trois ans plus tôt, à l'occasion d'un projet gouvernemental préfigurant celui de 1982, G. Vedel estimait que la référence à l'égalité des français devant le suffrage (art. 1^{er} C.) eut apporté une meilleure contribution à la discussion, étant entendu que le projet ne pouvait être contraire à l'égalité qu'il avait pour objet, au contraire, d'assurer¹⁰. Il suffisait que la loi procède de manière indéterminée en faveur de la constitution de listes devant comporter au moins 20% de candidats de sexes différents pour garantir le résultat recherché sans enfreindre le principe d'égalité – la solution valant alors symétriquement à l'égard des deux sexes -. Mais le problème est ici d'après G. Vedel: sur ce chemin des quotas électoraux, pourquoi s'arrêter sur l'égalité entre les sexes alors que le même article premier proclame simultanément l'égalité entre les races, les religions, etc...? A partir d'une démarche plausible et même souhaitable on parviendrait alors à installer un « corporatisme social » sur invitation implicite du constituant, ceci par excès d'analogies (handicapés, des gens de couleur...), et qui, au bout du chemin, ruinerait l'unité du suffrage universel et compliquerait la démocratie par des problèmes d'arithmétique et des distinctions inopérables¹¹. A la lumière de ces explications, on peut comprendre la précaution du juge constitutionnel à établir sa réflexion et sa décision de 1982 sur un autre fondement constitutionnel – celui de l'article 3 C. - plus adéquat à fixer l'avenir sur la position qui a toujours été celle de l'indivision du corps des personnes éligibles.

On se rappelle que cet obstacle jurisprudentiel posé en 1982 fut levé par la révision constitutionnelle - pratiquement 20 ans après - du 8 juillet 1999 invitant la loi à « favoriser » la représentation paritaire des femmes et des hommes dans le cadre des élections politiques (art. 1^{er} alinéa 2). Sur cette base nouvelle des progrès considérables ont été réalisés¹². Mais on les doit plus à la libre volonté du législateur car, derrière les termes de la révision, il y avait un objectif et non un impératif à établir la parité, a pu préciser le Conseil constitutionnel (Cons. const., [n°2003-475 DC](#) du 24 juillet 2003 à propos de l'élection des sénateurs - point 13)¹³. La révision de 1999 n'impose donc aucune obligation au législateur¹⁴, elle lui sert simplement de référence pour ne pas commettre d'acte constitutionnellement illicite, comme c'était le cas en 1982¹⁵. Exiger davantage de sa part eut pratiquement – pas impérativement cependant – pour effet de constitutionnaliser le scrutin de liste à l'encontre d'une tradition républicaine favorable à la liberté du législateur pour déterminer les modes de scrutin. Mais sur la base de cette solution, les retours en arrière dans la représentation politique des femmes sont possibles restant constitutionnellement irréprochables – par l'effet de la liberté de substituer le scrutin uninominal au scrutin de liste¹⁶.

⁹ Cons. const. 18 nov. 1982, [n° 82-146 DC](#), *Quotas par sexe*, Rec. 66, *AJDA* 1983 74, note J. BOULOUIS, *RDP* 1983 333, note L. FAVOREU, *Dr. Social* 1983 131, note D. LOCHAK, *D.* 1984 469 note L. HAMON, *JCP* 1983 n°19646, note P. MARCHAND.

¹⁰ G. VEDEL, « Les 20% de femmes et la Constitution », *Le Monde*, 3 févr. 1979, 9.

¹¹ G. VEDEL, art. préc. Encore que pour l'auteur les choses restaient simples à l'égard des femmes représentant, contrairement aux autres catégories, la moitié de la population citoyenne.

¹² Depuis la révision constitutionnelle de 1999, la représentation des femmes au sein de l'Assemblée nationale ne cesse de progresser pour s'élever à 228/577, soit 39,5% des sièges, sous l'actuelle législature de 2017.

¹³ Avec extension aux « responsabilités professionnelles et sociales » par la révision du 23 juillet 2008, [n°2015-465 QPC](#) du 24 avril 2015 (point 13), application à propos des élections au conseil académique des universités.

¹⁴ C'est pourquoi le Haut conseil à l'égalité des femmes et des hommes avait proposé la substitution du mot « favorise » par « garantit » l'égalité femmes-hommes (propositions au président de l'Assemblée nationale le 18 avril 2018).

¹⁵ La parité femmes-hommes n'a pas été jugée comme un « droit ou une liberté que la Constitution garantit » au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Elle ne saurait donc être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité : [n°2015-465 QPC](#) du 24 avril 2015 préc.

¹⁶ Jugé en ce sens à propos de l'abandon du scrutin de liste pour désigner les conseillers territoriaux appelés à siéger au sein des conseils délibérants des départements et régions : Cons. const. [n°2010-618 DC](#) du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, réforme abandonnée depuis. Précisons que la parité femmes-hommes n'est pas regardée par les juges comme un « droit » ou une « liberté » sur le fondement duquel une QPC peut être déposée (Cons. const. [n°2015-465 QPC](#) du 24 avril 2015).

II. Les droits civils et sociaux des femmes.

La liberté politique des femmes ne saurait être la seule expression de leur liberté. Les Constitutions sont également appelées à garantir leur liberté civile et sociale. Mais on peut ici aussi se demander si les traits essentiels qui définissent l'esprit des libertés constitutionnelles – abstraction, généralité, individualisme – n'ôtent pas aux femmes les armes que leur combat nécessite. Ces traits se manifestent jusque dans le vocabulaire employé, « l'homme », « le citoyen », la « volonté générale », la « société » ..., dont la signification ne se rapporte à aucune situation particulière et donne aux libertés un caractère désincarné plus ou moins inscrit dans toutes les Constitutions depuis la perspective universaliste de 1789. Alors, ces Constitutions n'en font pas assez pour les femmes à ce point de vue: elles manquent de réalisme en ne prenant pas en considération les situations particulières dans lesquelles les femmes se trouvent engagées. Et cette hypocrisie fondamentale se vérifie toujours selon laquelle les libertés que les Constitutions proclament ne bénéficient qu'à ceux qui ont les moyens d'en tirer profit. Le faible n'a pas de liberté. Malgré le tournant de 1946, l'individualisme affecte encore les libertés reconnues. Pire: la généralité des formules constitutionnelles donne aux femmes qui sont économiquement, socialement, familialement en situation d'oppression, l'illusion qu'elles sont libres et, par là, leur ôte la conscience de leur servitude – à l'image du travailleur pauvre. Le vocabulaire des libertés recouvre une réalité d'oppression. On ne saurait donc échapper à une condamnation de principe des libertés classiques telles qu'elles sont proclamées dans les textes.

La jurisprudence constitutionnelle est plus susceptible d'ouvrir la Constitution aux préoccupations nouvelles en opérant une lecture du texte par les juges permettant de devancer son renouvellement. On peut espérer de la haute juridiction qu'elle prenne en considération les situations concrètes, qu'elle complète les libertés classiques, les marquant d'un esprit nouveau, jusqu'à réserver une place constitutionnelle à la cause des femmes.

A lire cette jurisprudence on ne voit pas de modèle de consécration des droits fondamentaux dont la cause des femmes pourrait bénéficier. Cette jurisprudence ne marque pas de rupture, en effet, dans l'objet des droits ni leurs débiteurs. La liste des droits invoqués devant le Conseil constitutionnel fait tantôt place aux droits classiques, tantôt aux droits économiques et sociaux et aux créances sur l'Etat¹⁷. Les premières sont toutefois les plus largement sollicitées, et notamment l'égalité devant la loi, la plus suspecte de se trouver bafouée par les politiques publiques de l'Etat. Sur le fondement de la révision constitutionnelle de 2008¹⁸, diverses lois ont imposé, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, une composition « équilibrée »¹⁹ des instances représentatives d'organismes publics et privés (Cons. const., [n°2015-465 QPC](#) du 24 avril 2015 ; [n°2017-686 QPC](#) du 19 janvier 2018 ; [n°2018-761 DC](#) du 21 mars 2018). Plus généralement, les discriminations entre sexes, dans un sens ou dans l'autre, non recherchées mais induites des politiques publiques, sont assez systématiquement

¹⁷ Par ex., pour ce second cas, Cons. const., [n°2012-248 QPC](#) du 16 mars 2012, justifiant l'accouchement sous X sur le fondement du principe constitutionnel de protection de la santé.

¹⁸ Révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 complétant l'article 1^{er} alinéa 2 de la Constitution selon lequel : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives, *ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* » (souligné par nous). Cet ajout constitutionnel s'est imposé pour tenir en échec la jurisprudence du Conseil constitutionnel censurant comme contraire au principe d'égalité des dispositifs légaux imposant des quotas par sexe de participation à des instances d'organismes publics et privés (Cons. const. [n°2006-533 DC](#) du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes* (cons. 16), jugé ainsi en ce que la loi faisait « *prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune* »). Le Conseil constitutionnel a jugé depuis que les dispositions ajoutées à l'article 1^{er} de la Constitution ne pouvaient constituer un droit ou une liberté susceptible d'être invoquée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. const., [n°2015-465 QPC](#) du 24 avril 2015, cons. 14), sauf combinées avec l'appel au principe d'égalité entre les femmes et les hommes (même décision, cons. 10).

¹⁹ Comprendre que le législateur dispose de la liberté d'imposer une représentation proportionnelle, et non forcément paritaire, des salariés de chacun des deux sexes dans l'entreprise. Cette liberté est appelée à se concilier avec les principes constitutionnels d'égalité et de représentation des salariés dans l'entreprise.

pourchassées devant le juge constitutionnel²⁰. Le principe d'égalité demeure à la base des relations entre les individus. S'agissant plus spécifiquement du principe d'égalité entre les sexes proclamé sur le fondement de l'alinéa 3 du préambule de 1946, le juge constitutionnel semble en avoir limité l'application aux problèmes d'accès à la nationalité française, lui donnant nonobstant l'occasion de censurer la loi sur ce fondement²¹. Le principe d'égalité plus généralement formulé par la DDHC inspire bien plus fréquemment ses solutions.

L'individualisme de 1789 subsiste donc dans cette jurisprudence constitutionnelle. Mais il laisse place à cette nuance: l'appui sur des textes plus contemporains permet de substituer « la personne » à « l'homme ». Il y a plus qu'une simple évolution du vocabulaire dans la mesure où la notion de personne exprime l'impossibilité de penser l'individu en dehors des groupes sociaux auxquels il est intégré et partageant le sort de tous ses membres. C'est alors un élément d'évolution: une certaine protection réservée au groupe des femmes se fait jour, profilant à l'horizon un droit constitutionnel propre aux femmes qui n'est pas le droit constitutionnel commun des individus que nous connaissons²². Cette orientation se discerne dans l'appel au principe de « la dignité de la personne humaine » par le juge du référé-liberté du Conseil d'Etat, dignité qu'aurait pu heurter l'installation de panneaux dans la ville de Dannemarie, à l'occasion de l'année de la femme, présentant des femmes dans différentes attitudes qui pouvaient laisser supposer des préjugés sexistes et dévalorisants à leur égard (CE 1^{er} septembre 2017, *Commune de Dannemarie*, req. N°413607).

En ce sens également, le juge constitutionnel s'en remet à une conception plus exigeante du principe d'égalité, permettant de passer de l'égalité juridique de 1789 à l'égalité des situations concrètes. Sur son fondement, il se détermine en faveur des politiques compensatrices au bénéfice des femmes, notamment en matière de calcul des retraites, les majorations et bonifications dont leur pension de retraite fait l'objet permettant d'assurer la contrepartie des interruptions de carrière qu'elles sont contraintes d'accepter (Cons. const., [n°2003-483 DC](#) du 14 août 2003 et [n°2010-617 DC](#) du 9 novembre 2010, solutions toutefois fondées sur l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 au profit de la « mère » et des « vieux travailleurs »)²³.

La principale originalité de la jurisprudence, dans ce sens, consiste dans la consécration du principe de la « liberté des femmes » que le juge constitutionnel déduit de l'article 2 de la Déclaration de 1789 pour justifier les initiatives du législateur en matière d'IVG²⁴. Ainsi la reconnaissance d'intérêts propres aux femmes procède d'un approfondissement de la notion de personne qui conduit à voir, dans le groupe qu'elles représentent, un élément nécessaire à leur épanouissement.

Mais l'affirmation de groupes naturels – comme ici –, ou des groupes résultant d'une libre création, pose un problème nouveau au libéralisme individualiste: la vision simplifiée du face à face entre la personne et l'ensemble de la communauté nationale s'efface, finalement ressentie comme un schéma simpliste et une injustice face aux réalités. L'organisation des rapports de groupe à groupe tend à s'y substituer. Et, cette tendance nouvelle reflète précisément l'antagonisme qu'on croit pouvoir discerner entre deux courants d'inspiration qui traversent le féminisme. Le droit constitutionnel s'en fait le miroir: le courant individualiste qui exclu l'interposition des femmes, en tant que groupe social,

²⁰ Par ex. Cons. const., [n°2018-737 QPC](#) du 5 oct. 2018, la législation en matière de nationalité ne pouvait réserver au père français la transmission de la nationalité française à son enfant légitime né à l'étranger et priver la mère française d'une telle possibilité sans heurter l'article 6 DDHC et l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946.

²¹ La Cour de cassation fonde sur le troisième alinéa du préambule de 1946 la nullité du licenciement d'une salariée à raison de son état de grossesse, Cass. Soc. 29 janv. 2020, *Mme R.M.*, n°116 FS-P+B.

²² Droit commun qu'on voit centré sur le principe d'égalité dans son sens formel et négatif prohibant toute discrimination quelle qu'elle soit (V. J.-M.SAUVÉ, « La jurisprudence administrative et les femmes », intervention lors du colloque organisé par la CAA de Marseille le 14 novembre 2017, site du Conseil d'Etat). Le Conseil constitutionnel admet les mesures correctrices au bénéfice des femmes en matière de retraite ou de maternité sur le fondement du 11^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946 et de ses dispositions en faveur de la « mère » et des « vieux travailleurs » (Cons. const., [n°2003-483 DC](#) du 14 août 2003 et [n°2010-617 DC](#) du 9 novembre 2010).

²³ Voir également, Cons. const., [n°2020-810 DC](#) du 21 décembre 2020, jugeant que l'égal accès à la fonction publique selon ses mérites n'exclut pas qu'on différencie la qualité des candidats afin d'assurer une variété des mérites (§5).

²⁴ Cons. const., [n°2001-446 DC](#) du 27 juin 2001 (cons. 5 et 10) ; [n°2014-DC](#) du 31 juillet 2014 (cons. 4 impl.) ; [n°2015-727 DC](#) du 21 janvier 2016 (cons. 43) et [n°2017-747 DC](#) du 16 mars 2017 (§10).

entre la personne et la communauté nationale et, comme alternative, le courant corporatiste selon lequel une autorité doit pouvoir s'exercer au nom d'un groupe particulier. Le premier courant est censé servir la communauté toute entière, n'acceptant aucun intermédiaire pour reconnaître à tous les mêmes droits, le second ne se soucie que du groupe particulier refusant d'admettre la réalité d'un intérêt commun. Ce dernier dessine une nouvelle conception de l'Etat bien plus complexe: non plus neutre pour l'ensemble de la société, simple cadre pour le jeu de libertés, mais un Etat régulateur qui se reconnaît le devoir d'intervenir dans les rapports entre les citoyens et de les organiser selon des rapports de groupes à groupes (femmes/hommes, religieux/non religieux, parents/enfants, défenseurs de l'environnement/acteurs de l'économie, nationaux/étrangers...). Et les manières d'énoncer, d'agencer et de résoudre ces rapports sont riches de tant de variétés et de tensions qu'on relèvera presque autant de contradictions entre les membres du groupe qu'entre les groupes eux-mêmes, avec le danger d'une perte d'autodétermination au profit des responsables du groupe. En effet, la personne ne saurait s'accomplir en dehors des préoccupations de son groupe ou contre lui, avec le risque d'une discipline à l'égard de sa communauté parce que cette personne ne vaut que par son appartenance à elle. Ainsi les feux tirés par les armes des combattantes féministes ne convergent pas. Pour s'en tenir à une seule illustration: le voile est-il un instrument de libération ou d'asservissement des femmes musulmanes? ²⁵

Au bout du chemin, cette contestation de l'individualisme peut-elle conduire à l'apaisement social? On pourrait marquer quelque scepticisme à l'égard de l'évolution actuelle qu'on peut voir comme une menace pour la Cité toute entière qui ne pourrait survivre si sa base sociale est ébranlée parce que plus personne n'est d'accord avec personne sur les buts à poursuivre et les limites à respecter, sur les évidences. A l'inverse, on croit cette contestation utile à prendre conscience qu'il n'y a pas pour soi de liberté illimitée et à nous obliger à tenir compte de l'existence des autres.

²⁵ Le sujet est conflictuel au sein du féminisme considérant que le voile peut manifester leur soumission. La conception française de l'ordre public et de la laïcité ne s'y oppose pas, la loi du 11 octobre 2010 ne prohibant que le port du niqab en ce qu'il dissimule le visage (Cons. const., [n°2010-613 DC](#) du 7 octobre 2010 (cons. 5)). V. M. PERROT, « Féminisme pluriel », *Pouvoirs* 2020, 5.

Giuseppe Verde
L'emergere dell'autonomia normativa del CSM
(notazioni a margine del dibattito sulla riforma dell'ordinamento giudiziario)*

ABSTRACT: *The article deals with the phenomenon of the foundations and the evolution of powers close to normative ones in the exercise of the constitutional functions of the Superior Council of the Judiciary. The analysis takes into account the debate on the reform of the judicial order.*

SOMMARIO: 1. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le «riforme della giustizia». - 2. Le riserve di legge nel Titolo IV della Costituzione. - 3. Il problema della funzione «paranormativa» del Csm: la posizione assunta dal Csm in merito al disegno di legge «Bonafede». - 5. L'autonomia normativa del Csm: la soluzione proposta dalla «Commissione Luciani».

1. *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le «riforme della giustizia».*

Nel [Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza \(Pnrr\)](#) la riforma della giustizia è qualificata come «orizzontale» in quanto assume una valenza strategica rispetto al percorso di ammodernamento e rilancio delle istituzioni repubblicane.

Come è noto, il [Pnrr](#) si inquadra nel contesto delle iniziative promosse dall'Unione Europea, per fronteggiare gli effetti economici e sociali della pandemia¹. Anche il nostro Paese, nel condividere le politiche europee di sostegno finanziario alle economie nazionali, ha risposto elaborando un proprio Piano nazionale².

Prescindendo per un attimo dal [Pnrr](#), si nota che i punti salienti delle riforme risultano già indicati dalla Ministra della Giustizia nel corso dell'audizione svolta presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati nella seduta del 15 marzo 2021³. In quella sede si è avuto modo di sottolineare l'importanza del lavoro istruttorio già svolto dal Parlamento e sono stati individuati gli ambiti su cui sarà necessario intervenire. Per il futuro del nostro Paese si prospetta un «Piano straordinario per la Giustizia» strutturato come intervento organico di riforma da realizzare attraverso una nuova disciplina primaria (si immaginano leggi immediatamente applicabili e il ricorso allo strumento della delega legislativa). Più precisamente il Capo I del disegno di legge «Bonafede» propone una modifica del sistema di progressione in carriera dei magistrati ordinari attraverso l'approvazione di una delega legislativa. Il Governo intende, così, avviare un confronto con il Parlamento che, muovendo dal contributo di specifiche Commissioni ministeriali, definisca una proposta relativa al campo di intervento (oggetto delle delega) e individui, in ragione del dibattito scientifico e giurisprudenziale, il perimetro entro il quale l'intervento del Governo dovrà realizzarsi (principi e criteri). Sarà poi il dibattito parlamentare a definire il contenuto della legge delega⁴.

* *Contributo pubblicato a sensi dell'art 3, comma 12, del regolamento della Rivista.*

¹ L'Unione Europea ha proposto un programma straordinario di investimenti per 750 miliardi di euro. Il *Next Generation EU* (unitamente al *Multiannual Financial Framework* in seno al budget UE 2021 – 2027) ha, infatti, innovato il quadro pluriennale finanziario 2021-2026 prevedendo che gli Stati membri elaborino un proprio Piano di Ripresa e Resilienza (*Recovery and Resilience Plan*) nel quale risultano indicate le riforme e gli investimenti necessari per assicurare un complessivo rilancio degli Stati membri.

² Il [Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza](#) è stato trasmesso dal Governo al Parlamento in data 25 aprile 2021. Dopo le comunicazioni alle Assemblee di Camera e Senato (avvenute nei giorni 26 e 27 aprile) del Presidente Draghi, i due rami del Parlamento hanno approvato due rispettive risoluzioni parlamentari e il 30 aprile il Piano è stato formalmente trasmesso alla Commissione europea.

³ M. CARTABIA, [Linee programmatiche sulla giustizia](#), Audizione presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati, 15 marzo 2021. La Ministra si sofferma – in particolare - sull'efficienza della giustizia, sui problemi della giustizia civile, tributaria e penale, sul Csm e sull'ordinamento giudiziario, precisando che «non cerchiamo la perfezione, ma le migliori risposte possibili nelle condizioni date».

⁴ Sul modello costituzionale della delega legislativa e sulla sua trasformazione v., A. ALBERTI, *La delega legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Torino, Giappichelli, 2015; ID., *La Corte costituzionale sui costi standard delle Università: ancora una delega illegittima salvata (sentenza n. 104 del 2017)*, in *Quaderni costituzionali*,

Uno degli ambiti delle riforme è rappresentato dagli interventi che dovrebbero riguardare il funzionamento del Csm, oggetto del c.d. disegno di legge «Bonafede». Più precisamente una Commissione ministeriale (c.d. «Commissione Luciani») ha preso posizione sui contenuti del disegno di legge «Bonafede» avanzando alcune proposte di emendamenti⁵.

In questo scritto interessa discutere di alcune innovazioni che nel futuro potrebbero riguardare il ruolo del Consiglio superiore con riferimento alla sua attività c.d. «paranormativa», definita come un «fenomeno di maggiore interesse» in quanto si tratta di una funzione che «il Consiglio è venuto assumendo, non solo per soddisfare le proprie esigenze organizzative, ma per necessità di adattare le vecchie norme dell'ordinamento giudiziario ai nuovi istituti, e soprattutto per integrare le ampie lacune dovute ai frammentari interventi del legislatore»⁶.

Nel Titolo IV della Costituzione ricorrono più volte espressioni come «legge» e «norme sull'ordinamento giudiziario». Per completezza un cenno merita l'art. 25 in tema di giudice naturale «precostituito per legge» e anche la VII disposizione finale e transitoria secondo la quale «le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni altra magistratura sono stabilite con legge» (art.108) e, «fino a quando non sia emanata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario in conformità con la Costituzione, continuano ad osservarsi la norme sull'ordinamento giudiziario»⁷.

Per lungo tempo le riserve di legge previste dal Titolo IV sono state attuate attraverso interventi episodici e parziali e tale circostanza ha determinato lo sviluppo dei poteri «paranormativi» del Consiglio superiore, i quali oggi trovano un richiamo esplicito nel d.lgs. n. 160 del 2006 che all'articolo 11, comma 3, — in un contesto normativo volto a circoscrivere le attività deliberative del Csm ancorandole a parametri certi — dispone che il Csm «disciplina con propria delibera gli elementi in base ai quali devono essere espresse le valutazioni dei consigli giudiziari, i parametri per consentire l'omogeneità delle valutazioni, la documentazione che i capi degli uffici devono trasmettere ai consigli giudiziari entro il mese di febbraio di ciascun anno».

A riguardo si rammenti che il primo comma dell'art. 25 del Regolamento interno del Csm dispone che «le circolari e le direttive sono emanate, negli ambiti di competenza del Consiglio, dal Vicepresidente, in conformità alla delibera del Consiglio, per dare esecuzione o interpretazione alla

n. 3, 2017, 636 ss.; G. MARCHETTI, *La delega legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2016; Sugli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, v. G. TARLI BARBIERI, *L'«erompere» dell'attività normativa del Governo alla luce della sent. 104 del 2017: conferme e novità da un'importante pronuncia della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2017, 1091 ss.; F. LUCIANÒ, *Le «coordinate ermeneutiche» delineate dalla Corte costituzionale sulla delega legislativa: nota a margine delle sentenze nn. 79 e 170 del 2019*, in Federalismi.it, 21/2019, 1 ss.

⁵ La «Commissione Luciani» ha consegnato alla Ministra della giustizia la propria relazione accompagnata da specifiche e articolate proposte di emendamenti al d.d.l. «Bonafede» (A.C. 2681). Tanto la Relazione che la Proposta di emendamenti sono pubblicate sul sito del Ministero della giustizia. Gli ambiti di riflessioni privilegiati dalla Commissione riguardano il conferimento degli incarichi apicali ai magistrati ordinari, alcuni aspetti dell'organizzazione degli uffici giudiziari, la costituzione e il funzionamento del Csm, la disciplina dello *status* giuridico del magistrato che intende partecipare attivamente alla vita politica.

⁶ Così, M. DEVOTO, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale*, in *L'ordinamento giudiziario*, a cura di A. Pizzoruzzo, Bologna, il Mulino, 1974, 279 ss., spec. 285; ID. *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della magistratura*, in *Giur. cost.*, 1975, 3352 ss. Sul ruolo assunto dal Csm cfr., S. BARTOLE, *Materiale per un riesame della posizione del Consiglio superiore della magistratura*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano, Giuffrè, 1977, 3 ss., ora in S. BARTOLE, *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2013, 379 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di governo vigente in Italia*, in *Questione giustizia*, 2/1984, 281 ss.; G. VERDE, *L'amministrazione della giustizia fra Ministro e Consiglio superiore*, Padova, Cedam, 1990, 16; ID., *Il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari fra consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*, in *Lo Stato* n. 12/2019, 103 ss.; G. SOBRINO, *Il Ministro della giustizia ed i poteri dello Stato. Vicende e prospettive di una collocazione problematica*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2015; G. FERRI, *Autonomia e indipendenza della magistratura tra 'vecchio' e 'nuovo' ordinamento giudiziario*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), 4/2017.

⁷ Sulla portata della VII disp. trans. fin., G. VOLPE, *Ordinamento giudiziario generale*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, 836 ss., spec. 838 – 840. Sul c. d. effetto «ultrattivo» dell'ordinamento giudiziario del 1941 per effetto della VII disp. trans. tran., v., Cass. SS.UU., 17 gennaio 1953, n. 127, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 81, e Corte costituzionale, sent. 3 giugno 1970, n. 80, con osservazione di A. PIZZORUSSO, *Sul significato dell'espressione «giudice» nell'art. 25, comma 1, della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, 1067 ss.

legge e ai regolamenti, nonché per fornire criteri di orientamento sull'esercizio delle attribuzioni e della discrezionalità del Consiglio».

Chi oggi volesse avere piena consapevolezza della disciplina applicabile, per esempio, al conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari, dovrebbe tenere in considerazione oltre alle fonti normative primarie (d.lgs. n. 160 del 2006 artt. 10-13) anche la Circolare del Csm P - 14858 - 2015.

Quest'ultimo atto «paranormativo» del Csm è (formalmente) una circolare consiliare che però reca il c.d. *Testo unico sulla dirigenza giudiziaria*: un testo normativo che con i suoi 95 articoli (suddivisi in quattro parti con i rispettivi capi) concorre pienamente alla disciplina dell'ordinamento giudiziario.

2. Le riserve di legge nel Titolo IV della Costituzione.

Chi studia il Titolo IV della Costituzione non può fare a meno di richiamare l'attenzione sul valore da attribuire alla riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario.

Vi è chi sostiene che dai riferimenti costituzionali si trae la conclusione che le materie ivi richiamate siano coperte da riserva di legge assoluta⁸ con la logica conseguenza che negli ambiti ora in esame non residuerebbe alcuno spazio per la potestà regolamentare dell'esecutivo. Altri sottolineano che la riserva di legge andrebbe reinterpretata come assoluta nei confronti dell'esecutivo – il «nemico storico» dell'autonomia della magistratura⁹ - e relativa nei confronti del Csm, precisandosi che «gli atti normativi emanati dal Consiglio superiore non tendono ad innovare il diritto vigente ... dal momento che nessuna riserva di legge può risultare preclusiva dall'attività di interpretazione del diritto vigente»¹⁰.

Va rammentato che la Relazione della Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura – trasmessa alle Camere con Messaggio dell'allora Presidente della Repubblica Francesco Cossiga - nelle conclusioni precisa che «l'imperativo emergente di continuo dall'analisi della materia è quello che impone di trasferire la disciplina sul piano legislativo ... il principio o la tecnica della riserva di legge dovrebbe dominare – secondo la Costituzione – l'intero ordinamento giudiziario (ed anzi l'intero insieme delle attribuzioni, del funzionamento e delle strutture del Consiglio)»¹¹.

Anche in tempi più recenti non sono mancati richiami presidenziali sulla necessità che le modalità di funzionamento del Csm mutino radicalmente. A riguardo meritano un cenno le indicazioni che provengono dal Presidente della Repubblica a detta del quale il Csm «ha, oggi più che mai, – come

⁸ Sul punto v., S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza*, Padova, Cedam, 1964, 240 ss., a detta del quale «su tutte queste materie si dovrà, dunque, provvedere con legge, non necessariamente con un'unica legge organica o con più leggi organiche, ciascuna concernente una singola giurisdizione speciale, ma sempre e comunque con atti normativi del Parlamento» (spec. 241). Sul mancato sviluppo nel nostro ordinamento di una legislazione organica in attuazione della Costituzione v., V. CRISAFULLI, *Cinquant'anni di legislazione in Italia*, in *Dir. e soc.*, 1982, 1 ss.

⁹ L'espressione è tratta dal manuale *Il sistema costituzionale della magistratura* di N. ZANON, F. BIONDI, Bologna, Zanichelli, 2019, 5a ed., 49.

¹⁰ Così, A. PIZZORUSSO, *Art. 108*, in *La magistratura* (tomo III), *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca - A. Pizzorusso, Bologna - Roma, Zanichelli editore – Soc. ed. del Foro italiano, 1992, 7, spec., 8. la posizione da ultimo rappresentata muove dalle considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 416 ss., in particolare 442-443 (nota 41). Sul punto, si v., G. FERRARI, *Consiglio superiore della magistratura, autonomia dell'ordine giudiziario e magistrati*, in *Dem. dir.*, 1969, 409 ss., e in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, 1974, 2263 ss.; A. PACE, *I poteri normativi del Csm*, in *Rass. parl.*, 2010/2, 369 ss., a detta del quale «l'attività c.d. normativa del Csm si giustificerebbe *ex se* ... le delibere 'normative' del Csm avevano costituito la risposta di tale organo costituzionale alle carenze legislative, predeterminando i criteri delle proprie attività».

¹¹ La Relazione in questione è stata trasmessa come allegato al Messaggio del Presidente della Repubblica Francesco Cossiga al Parlamento ai sensi dell'art. 87, comma 2 della Costituzione e la si può leggere in *Giur. cost.*, 1991, 986 ss. (per il punto citato nel testo v. in particolare, 1037 – 1038); le sole conclusioni della Commissione presidenziale sono riprodotte in allegato al volume di R. TERESI, *La riforma del Consiglio superiore della magistratura*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, 213.

sempre - il dovere di assicurare all'Ordine Giudiziario e alla Repubblica che le sue nomine siano guidate soltanto da indiscutibili criteri attinenti alle capacità professionali dei candidati¹²», e, quindi, spetta al Consiglio il compito di «provvedere ad adeguamenti delle proprie norme interne, di organizzazione e di funzionamento, per assicurare, con maggiore e piena efficacia, ritmi ordinati nel rispetto delle scadenze, regole puntuali e trasparenza delle proprie deliberazioni¹³», soprattutto quando dette deliberazioni attengono al conferimento di incarichi di maggiore responsabilità, in quanto è di «fondamentale importanza» il ruolo «dei magistrati con incarichi direttivi e semidirettivi», per i quali è richiesta «la capacità di promuovere il coordinamento e il confronto all'interno dell'ufficio, in modo da potenziare l'efficacia di ogni singolo provvedimento che, in quanto frutto di un'ampia condivisione, potrà assumere il carattere di una maggiore stabilità»¹⁴.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ([sentenza n. 72 del 1991](#)) ha avuto modo di precisare che «la riserva di legge che è stata posta dalla Costituzione a fondamento della disciplina sull'ordinamento giudiziario al fine di garantire lo *status* di indipendenza della magistratura sia giudicante che requirente concerne non solo l'esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche il momento dell'investitura in tali funzioni, ivi compresa la nomina dei magistrati negli uffici direttivi. Con specifico riguardo al conferimento di tali uffici, dalla riserva di legge discende la necessità che sia la fonte primaria a stabilire i criteri generali di valutazione e di selezione degli aspiranti e le conseguenti modalità della nomina. La riserva non implica, invece, che tali criteri debbano essere predeterminati dal legislatore in termini così analitici e dettagliati da rendere strettamente esecutive e vincolate le scelte relative alle persone cui affidare la direzione degli stessi uffici, annullando di conseguenza ogni margine di apprezzamento e di valutazione discrezionale, assoluta o comparativa, dei requisiti dei diversi candidati. Pertanto, nella materia in esame, la riserva di legge sancita dalla Costituzione può dirsi rispettata ove il legislatore abbia provveduto ad enunciare criteri sufficientemente precisi, in grado di orientare la discrezionalità dell'organo decidente verso la scelta della persona più idonea».

Con riferimento alla natura giuridica delle circolari del Csm, la Corte costituzionale ha affermato che «le circolari del Consiglio superiore possono dar vita ad una prassi, ma non producono alcun diritto vivente che vincoli la Corte nell'interpretazione delle norme impugnate ... la prassi in questione appare comunque mutevole e non si presta ad escludere che lo stesso Consiglio modifichi gli orientamenti in atto»¹⁵.

Per quel che poi attiene alle indicazioni che provengono dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, deve rammentarsi quanto precisato proprio in riferimento alla circolare che reca il T.U sulla dirigenza giudiziaria (circolare del Csm n. P-14858-2015 del 28 luglio 2015). Rispetto alla natura giuridica della circolare in questione, i giudici amministrativi sottolineano che in essa difetta la clausola legislativa a regolamentare e che riguarda in ogni caso una materia riservata alla legge (art. 108, comma 1, Cost.), pertanto detta circolare «non costituisce un atto normativo, ma un atto amministrativo di autovincolo nella futura esplicazione della discrezionalità del Csm a specificazione generale di fattispecie in funzione di integrazione, o anche suppletiva dei principi specifici espressi dalla legge, vale a dire si tratta soltanto di una delibera che vincola in via generale la futura attività discrezionale dell'organo di governo autonomo»¹⁶.

¹² Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Assemblea plenaria straordinaria del Consiglio Superiore della Magistratura, in occasione del conferimento dell'Ufficio di Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione (14 novembre 2019).

¹³ Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Assemblea plenaria straordinaria del Consiglio Superiore della Magistratura (21 giugno 2019).

¹⁴ Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione dell'incontro con i magistrati ordinari in tirocinio nominati con D.M. 12 febbraio 2019 (26 febbraio 2020).

¹⁵ Così [Corte costituzionale, sentenza del 10 maggio 1982, n. 86](#).

¹⁶ Sul punto v., Cons. Stato, V, 21 maggio 2020, n. 3213. Negli stessi termini anche, Cons. Stato, V, 6 settembre 2017, nn. 4215 e 4216; V, 17 gennaio 2018, n. 271; V, 2 agosto 2019, n. 5492; V, 2 gennaio 2020, nn. 8 e 9; V, 7 gennaio 2020, nn. 71 e 84; V, 9 gennaio 2020, nn. 192 e 195; V, 22 gennaio 2020, n. 524; V, 7 febbraio 2020, n. 976; V, 28 febbraio

3. Il problema della funzione «paranormativa» del Csm: la posizione assunta dal Csm in merito al disegno di legge «Bonafede».

È inevitabile che nel mettere mano ad una riforma della disciplina del funzionamento del Csm ci si ponga il problema della definizione degli ambiti dell'ordinamento giudiziario per cui si rende ammissibile un intervento del Csm che dia attuazione a quanto contenuto nelle fonti primarie.

Se per esempio ci si concentra sul Capo I (artt. 1- 5) del c.d. disegno di legge «Bonafede» emerge con sufficiente chiarezza che fra gli obiettivi della riforma vi è anche quello di pervenire ad una disciplina a livello primario, con una prospettiva di definizione delle fattispecie più precisa di quanto non fosse avvenuto in passato. Sullo sfondo si intravedono le note difficoltà di funzionamento del Csm, accertate soprattutto in occasione del conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi oggetto troppe volte di deliberazioni avvenute in un'unica seduta in cui si varava un «pacchetto» di nomine¹⁷. Certo molto, poi, dipenderà dal contenuto dei decreti legislativi che daranno attuazione ai principi e ai criteri di cui all' art. 2 del disegno di legge, ma già da adesso appare con sufficiente chiarezza l'intenzione di precisare meglio a livello primario la disciplina di questo delicato settore dell'ordinamento. Non menzionare, però, in alcun modo l'autonomia normativa del Csm e, quindi, non prendere posizione sull' attività «paranormativa» del Csm (e le problematiche in precedenza richiamate), potrebbe lasciare inalterato il sistema che si intende riformare. D'altronde la funzione «paranormativa» del Csm si è sviluppata nel silenzio della legge e una disciplina seppur dettagliata non impedirebbe il ricorso a circolari, pareri e risoluzioni. Non va poi dimenticato che dalla giurisprudenza costituzionale emerge un'indicazione di sfavore per una normazione eccessivamente dettagliata così da rendere le attività consiliari «esecutive» e «vincolate», auspicando che il legislatore provveda solo alla definizione di criteri sufficientemente dettagliati.

Le notazioni da ultimo svolte consentono di inquadrare la posizione assunta dal Csm sul Capo I del disegno di legge «Bonafede» con i pareri resi in data 29 aprile 2021.

È bene rammentare che l'art. 10 comma 2 della legge n. 195 del 1958 prevede che il Csm esprima «pareri al Ministro, sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e su ogni altro oggetto comunque attinente alle predette materie».

In riferimento al disegno di legge «Bonafede» (A.C. 2681) la richiesta del parere è stata avanzata al Csm dallo stesso Ministro della giustizia¹⁸.

Il Csm ha risposto alla richiesta di parere con le deliberazioni assunte fra il 21 e il 29 aprile del 2021, consegnando al dibattito sull'iniziativa legislativa sei distinti pareri¹⁹.

2020, nn. 1448 e 1450; V, 1° marzo 2021, n. 1702; V, 12 febbraio 2021, n. 1257; V, 5 febbraio 2021, n. 1077; V, 10 febbraio 2021, n. 1238; V, 11 maggio 2021, n. 3713.

¹⁷ «Questo metodo perverso produce due risultati, entrambi negativi: a) ritarda le nomine, perché bisogna aspettare che si verifichi un certo numero di scoperture, tale da consentire un equilibrio di potere soddisfacente per le varie correnti; b) la scelta dei dirigenti non segue necessariamente criteri di merito, ma è influenzata dall'esigenza di «accontentare tutti», comprimendo le potenzialità dei candidati migliori, se la loro nomina dovesse turbare gli equilibri interni del C.S.M.», così G. SILVESTRI, *Pizzorusso e l'ordinamento giudiziario*, in A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, I, XI ss., spec., XIX. Sul punto si tenga comunque conto di quanto previsto dall'art. 37 del regolamento interno in tema di «Procedura per il conferimento degli uffici direttivi. Voto palese per il conferimento degli uffici direttivi e semidirettivi» come tentativo di superare alcune delle note criticità, sul punto cfr., D. PICCIONE, *Il Consiglio superiore della magistratura, attraverso il prisma del suo regolamento*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 1 ss., spec. 8.

¹⁸ In passato si è verificato che lo stesso Csm abbia ritenuto di doversi esprimere indipendentemente dalla richiesta ministeriale, sollevando alcuni rilievi critici sulla possibilità che il comma 2 dell'art. 10 contempli lo svolgimento di un'attività consultiva consiliare svincolata dal rapporto con il Guardasigilli e il cui destinatario diviene il Parlamento sul punto v. N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 69-74.

¹⁹ L'attività consultiva del Csm ha tenuto conto dell'articolazione del disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 7 agosto 2020, concernente, *Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*. A riguardo deve essere rammentato che il disegno di legge in questione si compone di 6 Capi e 41 articoli.

I pareri, adottati nella seduta del 29 aprile 2021, si riferiscono al conferimento degli incarichi direttivi e alla valutazione di professionalità al fine dell'attribuzione delle funzioni giudicanti e requirenti di legittimità (il sesto parere affronta anche diverse questioni che spaziano dall'accesso in magistratura ad altri aspetti ordinamentali riguardanti lo svolgimento della carriera del magistrato). I suddetti pareri attengono direttamente alla competenza dell'organo consiliare che muove dalle previsioni di cui all'art. 105 della Costituzione e di cui all'art. 10 della legge n. 195 del 1958.

È noto che la progressione in carriera dei magistrati, il sistema delle promozioni e il conferimento degli incarichi direttivi rappresenta uno dei temi centrali nel contesto delle riforme della giustizia.

Proprio su questo punto il Csm richiama l'attenzione del Ministro sulla natura dell'attività consiliare. Si tratta di un passaggio delicato che merita un richiamo testuale:

«L'intervento normativo determina una complessiva limitazione del potere discrezionale del Consiglio Superiore della Magistratura che viene in grande misura trasformato in potere amministrativo vincolato attraverso l'attrazione, a livello normativo primario, della disciplina, anche di dettaglio, fin ora prevista in sede di autovincolo dalle circolari consiliari, peraltro, mutuando proprio da quelle vigenti, i principi e i criteri direttivi formulati con riferimento ai vari settori di intervento.

La scelta legislativa finisce per irrigidire nella tendenziale stabilità della norma primaria regole fin qui affidate alla più agile flessibilità della disciplina secondaria (certamente più rapidamente adattabile a possibili esigenze emergenti dalle dinamiche di settore, come d'altra parte testimoniato dall'evoluzione delle circolari consiliari sul tema).

L'art.105 Cost. attribuisce al Consiglio 'secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati'. Proprio il rilievo costituzionale che assumono le competenze consiliari nel governo autonomo della magistratura consente di escludere che il Costituente abbia inteso assegnare al Consiglio attribuzioni solo di carattere formale e che il ruolo di quest'ultimo si esaurisca nel dare attuazione a dettagliati precetti del legislatore.

In tal senso si è espressa, già nel 1991, la Commissione presidenziale per lo studio dei problemi concernenti la disciplina e le funzioni del Consiglio Superiore della Magistratura (cd. Commissione Paladin), nata con il compito di verificare poteri e limiti degli atti del Consiglio (in particolare in merito alla funzione paranormativa dello stesso), delle funzioni dell'organo di governo autonomo della magistratura e dei rapporti con gli altri poteri dello Stato. La relazione, infatti, ha espressamente affermato che è abbastanza pacifico che l'esistenza di un organo quale il C.S.M. rischierebbe di non avere senso se i provvedimenti ad esso spettanti fossero del tutto vincolati alla necessaria e meccanica applicazione di previe norme di legge'.

Può dirsi quindi che l'art. 105 Cost. disegna un organo con proprie attribuzioni sostanziali, che implicano l'esercizio di una discrezionalità amministrativa e non meramente tecnica, senza che l'attività del Consiglio possa sostanziersi nello svolgimento di un'attività fortemente vincolata.

L'azione di governo autonomo, del resto, in ossequio ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, deve essere capace di un immediato adeguamento all'evoluzione dei tempi e alle cangianti necessità della giurisdizione, a loro volta continuamente sollecitate dalle mutevoli necessità sociali e dalle specifiche esigenze dei diversi territori. Un irrigidimento dei parametri valutativi e degli indicatori, attraverso la loro sussunzione a livello normativo primario, e un eccessivo dettaglio nella loro formulazione, privano l'azione consiliare della duttilità necessaria per un intervento tempestivo ed efficace nel settore dell'organizzazione della giurisdizione civile e penale, in tutte le declinazioni in cui tale intervento si attua (dall'organizzazione degli uffici alla carriera dei magistrati).

La giurisprudenza costituzionale è costantemente orientata nel senso che la riserva di legge costituzionalmente prevista in materia di ordinamento giudiziario non impone certo al legislatore di regolare dettagliatamente e minuziosamente ogni aspetto della materia e che è pienamente compatibile con tale principio l'esercizio, da parte del Consiglio, di un potere di integrazione ed attuazione della norma primaria.

In particolare la Corte Costituzionale con la [sentenza n.72 del 1991](#), resa a proposito delle attribuzioni del Csm relative al conferimento degli incarichi direttivi, ha affermato che ‘dalla riserva di legge discende la necessità che sia la fonte primaria a stabilire i criteri generali di valutazione e di selezione degli aspiranti e le conseguenti modalità di nomina. La riserva non implica, invece, che tali criteri debbano essere predeterminati dal legislatore in termini così analitici e dettagliati da rendere strettamente esecutive e vincolate le scelte relative alle persone cui affidare la direzione degli stessi uffici, annullando di conseguenza ogni margine di apprezzamento e di valutazione discrezionale, assoluta o comparativa, dei requisiti dei diversi candidati. Pertanto, nella materia in esame, la riserva di legge sancita dalla Costituzione può dirsi rispettata ove il legislatore abbia provveduto ad enunciare criteri sufficientemente precisi, in grado di orientare la discrezionalità dell'organo decidente verso la scelta della persona più idonea’ (C. Cost. n. 72 del 1991).

Anche la giurisprudenza amministrativa, pertanto, sulla scorta di quanto autorevolmente chiarito dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 72 del 1991](#), afferma che in capo al Consiglio deve riconoscersi il ‘potere’ ma anche il ‘dovere’ di integrare il sistema normativo positivo attraverso il suo potere amministrativo discrezionale: un potere che corrisponde alla prerogativa costituzionale di tutelare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura; un dovere che risponde all'esigenza di auto-vincolo della propria discrezionalità amministrativa in funzione della trasparenza e della omogeneità dell'esercizio della stessa».

Il Csm affida al dibattito parlamentare uno spunto preciso che mira a salvaguardare alcuni degli spazi che l'organo ha nel corso del tempo finito per occupare. Qui il punto di partenza è dato dai principi costituzionali del Titolo IV che ruotano intorno alla previsione della riserva di legge. È possibile discutere della natura della suddetta riserva, è possibile considerare la bontà tecnica del contenuto delle circolari consiliari ma non è possibile pervenire ad un sistema nel quale il Parlamento dovrebbe disattendere le riserve di legge per giustificare una funzione consiliare che si è sviluppata sul presupposto dell'evanescenza delle riforme legislative.

5. L'autonomia normativa del Csm: la soluzione proposta dalla «Commissione Luciani».

Un cambiamento di prospettiva si coglie nelle proposte avanzate dalla «Commissione Luciani», alla quale va riconosciuto il merito di aver affrontato lo spinoso tema dell'autonomia normativa del Csm. Nella relazione si ritiene che in ragione delle «incertezze riscontrate a tal proposito in dottrina e in giurisprudenza», si debba immaginare un concorso del Csm nella disciplina del conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi attraverso la previsione di «atti di esercizio di autonomia normativa» contenenti una «regolazione di dettaglio, attuativa delle norme primarie». Per questa ragione si propone un emendamento aggiuntivo (V comma) all'art. 1 del disegno di legge «Bonafede»: «All'attuazione delle previsioni della presente legge e dei decreti legislativi emanati nell'esercizio delle deleghe dalla stessa conferite provvede, nell'esercizio della sua autonomia normativa, il Consiglio superiore della magistratura»²⁰.

Non è dato immaginare al momento quale sarà il destino del disegno di legge «Bonafede», pur tuttavia le notazioni fin qui svolte consentono di alcune considerazioni sulla eventualità che l'attività «paranormativa» del Csm esca dal limbo nel quale è stata relegata e si confronti con le esigenze di promuovere un'attuazione del Titolo IV della Costituzione nel quale la ragionevole evoluzione del sistema trovi uno sbocco concreto nell'approvazione del comma aggiuntivo all'art. 1 per come proposto dalla «Commissione Luciani».

A riguardo non paiono in linea con i principi costituzionali in tema di magistratura le due opposte prospettive che si colgono nell'impianto originario del disegno di legge «Bonafede» e nei pareri resi su di esso dal Csm.

²⁰ Per completezza si segnala anche la proposta della «Commissione Luciani» relativa all'art. 9 del disegno di legge «Bonafede» in tema di estinzione del procedimento disciplinare prevedendosi che l'accertamento dell'estinzione sia disciplinato dalle fonti di autonomia del Csm.

Criticabile è l'idea di voler procedere ad una definizione della disciplina applicabile agli avanzamenti di carriera dei magistrati ordinari tale da volere definire nel minimo dettaglio parametri, criteri e svolgimento del procedimento. La conseguenza di una simile prospettiva finirebbe per svilire oltre misura le competenze costituzionali del Csm, trasformando il Consiglio in un luogo nel quale si prende atto dell'avvenuta progressione in carriera di un magistrato come semplice applicazione di precise disposizioni frutto del concorso fra principi e criteri della delega e dettagli contenuti nei decreti legislativi. L'idea, poi, che le fonti primarie – seppur dettagliate – possano per ciò stesso escludere la necessità di un qualche adattamento al caso concreto a me pare un po' ingenua. Sullo sfondo della prospettiva qui in esame si colloca l'indicazione che si trae dalla giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 72 del 1991) che dovrebbe costituire uno dei criteri al quale ancorare la soluzione del problema posto dall'attività «paranormativa» del Csm.

Da un'altra parte è criticabile la presa di posizione assunta dal Csm nel parere in precedenza richiamato. Non è possibile immaginare che l'attuazione del Titolo IV della Costituzione abbia trasformato la riserva di legge in riserva di disciplina in favore del Csm che si vedrebbe abilitato a concorrere o, al limite, a definire in modo del tutto autonomo, la disciplina dell'ordinamento giudiziario. Questo tentativo cozza con la giurisprudenza costituzionale che nel tempo ha preso posizione sul ruolo costituzionale del Csm²¹. Non può dubitarsi, infatti, che il Consiglio superiore della magistratura è chiamato ad esercitare le sue rilevanti funzioni nel rispetto di quanto previsto dalla Costituzione e dalla legge²². È, quindi, necessario reinterpretare il ruolo del Csm muovendo dai principi costituzionali per superare la ricostruzione che vede nelle circolari del Consiglio una prassi o l'esercizio di un autovincolo che non esprime esercizio di autonomia normativa ma solo circoscrive la discrezionalità dell'organo che rimane pur sempre libero di disattendere quanto già definito in un precedente atto «paranormativo» nel momento in cui le necessità di funzionamento imponessero una simile decisione.

²¹ [Corte cost., sent. n. 168 del 1963](#), con osservazioni di M. MAZZIOTTI, *Questioni di costituzionalità della legge sul Consiglio superiore della Magistratura*, in *Giur. cost.*, 1963, 1648; sugli effetti prodotti da tale decisione, v. S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, Cedam, 1964, 126 ss.; [Corte cost., sent. n. 379 del 1992](#), con osservazioni di A. CARIOLA, *A proposito della sentenza sul conflitto di attribuzione tra C.S.M. e Ministro Guardasigilli: questione giuridicizzata ma non spolitizzata*, in *Giur. cost.*, 1992, 3044; sul punto si v., S. SICARDI, *Il conflitto di attribuzione tra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*, Torino, Giappichelli, 1993; M. DEVOTO, *Ordinamento giudiziario*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXII, Roma, 2000, ad vocem. 5; [Corte cost., n. 380 del 2003](#), su cui v., S. BARTOLE, *Consiglio Superiore della Magistratura e Ministro della Giustizia: bilanciamenti legislativi e bilanciamenti giudiziali*, in *Giur. cost.*, 2003, 3905 ss.; F. SORRENTINO, *Incertezze e contraddizioni del principio di leale collaborazione*, *ivi*, 3909 ss.; B. PEZZINI, *Leale collaborazione tra Ministro e Csm alla prova: chi controlla il concerto*, *ivi*, 3911 ss.; C. SALAZAR, *Il Consiglio superiore della magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, 1 ss., spec. 34; [Corte cost., sent. n. 44 del 1968](#) (con osservazioni di F. CUOCOLO, *Ancora sulla sindacabilità delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura*, di U. DE SIERVO, *A proposito della ricorribilità in Consiglio di Stato delle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura*, e di L. ELIA, *Postilla*, in *Giur. cost.*, 1968, 672 ss.); tra i primi commenti anche G. CORREALE, *Deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura ed ordinamento generale*, in *Foro amm.*, 1968, 85 ss. Per quel che attiene agli ulteriori svolgimenti della giurisprudenza costituzionale, v., [Corte cost., n. 70 del 1970](#), [n. 142 del 1973](#) (su cui v., S. BARTOLE, *In tema di autorizzazione a procedere per vilipendio dell'ordinamento giudiziario*, in *Giur. cost.*, 1973, 1416 ss.); [n. 245 del 1974](#) (su cui v. R. MORETTI, *Sull'incerto fondamento giuridico degli atti consiliari che annullano provvedimenti dei capi degli uffici giudiziari*, in *Giur. cost.*, 1974, 3571 ss.); [n. 71 del 1975](#), [n. 148 del 1983](#), [n. 4 del 1986](#) (su cui S. BARTOLE, *Un caso di riduzione del thema decidendum in materia di uffici di sorveglianza*, in *Giur. cost.*, 1986, 241 ss.); [n.72 del 1991](#). Un richiamo merita la sentenza della Corte costituzionale [n. 136 del 2011](#) su cui v., S. BARTOLE, *A proposito di una sentenza sulla nomina del componente nazionale di Eurojust, che ha negato la natura giudiziaria di Eurojust*, in *Giur. cost.*, 2011, 1783 ss.).

²² La ricostruzione di Enzo Cheli in tema di organi costituzionali ha determinato l'affermarsi di quell'orientamento che - al di là di controversie di natura nominalistica - ascrive il Csm al novero degli organi a rilevanza costituzionale, ovvero fra quegli organi dotati di una «speciale garanzia» risultante dalla presenza di disposizioni costituzionali che li istituiscono e ne definiscono le attribuzioni: E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale*, in *Arch. giur. Serafini*, 1965, 111; sul punto cfr., A. PIZZORUSSO, *Organizzazione pubblici poteri*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè. 1981, 151, spec., 154, 155.

La possibile disciplina dell'autonomia normativa del Csm – per come prospettata nell'emendamento proposto dalla «Commissione Luciani» - deve essere vista con favore in quanto rappresenta una ragionevole attuazione del Titolo IV della Costituzione. Nel rispetto delle riserve di legge ivi previste, si amplia la competenza del Csm attribuendogli un'autonomia normativa destinata ad interagire sul piano dell'attuazione della disciplina primaria.

Molto poi dipenderà da come il concorso fra disciplina primaria e attuazione consiliare si realizzerà. Preziose a riguardo saranno pure le indicazioni che proverranno dalla giurisprudenza amministrativa chiamata a ripensare il sistema dei vizi deducibili. La «violazione di legge» potrebbe diventare un parametro diverso da quello fin qui conosciuto in quanto non vi sarebbe alcuna ragione di inquadrare le circolari del Csm come atti privi del carattere della normatività.

In attesa che maturino le scelte del Parlamento si sottolinea che la possibile disciplina dell'autonomia consiliare offre una soluzione sistemica ragionevole sulla quale è possibile tornare a riflettere magari per meglio definire le questioni che nel tempo l'attuazione del Titolo IV della Costituzione.

Il tema della riforma della disciplina della costituzione e del funzionamento del Csm (l. 195 del 1958) dovrebbe essere collocato al centro dell'agenda dei lavori parlamentari in ossequio alle tempistiche e ai contenuti indicati nel [Pnrr](#). È chiaro che non mancano le insidie e il «partito» di chi non vuole le riforme conta sempre più iscritti e alla fine potrebbe far valere il suo «peso» nei lavori parlamentari. In termini sintetici i sostenitori dell'attuale sistema sono presenti fra chi difende in termini corporativi il ruolo di fatto assunto dal Csm, fra chi immagina che sia il momento di proporre riforme costituzionali difficilmente praticabili o propone riforme legislative radicali «punitive» che risultano molto divisive. Sullo sfondo si colloca chi è ben consapevole dei «benefici» prodotti dal sistema vigente: il conferimento degli incarichi direttivi e semidirettivi è un meccanismo politicamente gestibile e consegna ad un patologico sistema politico-corporativo la scelta dei capi degli uffici giudiziari.

In conclusione, si ritiene che la prospettiva delle riforme prospettate nel corso della presente Legislatura debba trovare uno sbocco concreto in una decisione parlamentare, il che non esclude che nel futuro il percorso delle riforme potrà riprendere coinvolgendo anche il Titolo IV della Costituzione.

Antonino Amato
Amici ... a metà. Primo bilancio dell'“ingresso” degli *Amici curiae*
nel giudizio di costituzionalità * **

ABSTRACT: *The article deals with the first cases of application of the new Amicus curiae's institute in judgments before the Constitutional Court. In particular, statistical data of the admissibility measures and the inadmissibility decisions of the opinions are examined and commented. In addition, some observations are made about the role of the Amici curiae in constitutional process. Finally, there is an attempt to express an opinion on the functioning of the new institute, in order to highlight any critical issues and to propose the improvement of some steps of the admission procedure.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I requisiti di ammissione e la loro verifica. – 3. I “numeri” degli *Amici curiae*. – 4. Le “qualità” degli *Amici curiae*. – 5. Considerazioni conclusive: il “ruolo” degli *Amici curiae* nel processo costituzionale.

1. *Premessa.*

Salutata dalla stessa Corte costituzionale e dalla dottrina come una delle modifiche più significative del processo costituzionale, l'esperienza fin qui maturata¹ sull'“ingresso” degli *Amici curiae* nel giudizio di costituzionalità merita di essere oggetto di un primo bilancio, anche al fine di evidenziare eventuali “peccati d'origine” e di prospettare l'affinamento di qualche passaggio del procedimento di ammissione.

Si tratta, com'è ovvio, di un bilancio assolutamente parziale, essendo riferito a poco più di un anno e mezzo di applicazione delle nuove norme integrative, e quindi suscettibile di essere oggetto anche di significative rivisitazioni. Al contempo, pare innegabile che proprio le prime applicazioni del nuovo [art. 4-ter delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale](#) (d'ora in avanti, [N.I.](#)) possano condizionare la prassi successiva.

Dunque, pur con le dovute cautele, derivanti dal ridotto lasso di tempo preso in considerazione, si può tentare di esaminare questa esperienza, non prima però di aver svolto alcune considerazioni preliminari.

Al riguardo, occorre innanzitutto ricordare che da tempo gli studiosi di giustizia costituzionale e gli stessi giudici della Consulta² hanno, con forme e modalità diverse, manifestato la necessità di “aprire le porte”³ dei giudizi dinanzi alla Corte al contributo offerto da soggetti portatori di interessi collettivi o diffusi, anche alla luce dell'osservazione di esperienze straniere sul punto⁴. Da questo

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

** Si ringrazia il dott. Roberto Milana, direttore della Cancelleria della Corte costituzionale, per le informazioni fornite in merito al quadro dei provvedimenti di ammissibilità (assunti con decreto del Presidente) e alle decisioni di inammissibilità degli *Amici curiae* adottati dalla Corte. Ovviamente la responsabilità della rielaborazione di questi dati e di ogni commento riportato nel testo è dello scrivente.

¹ I dati che si riportano nello scritto sono aggiornati al 30 settembre 2021.

² Il riferimento è, tra gli altri, al dibattito svoltosi in un seminario milanese organizzato dall'Associazione Gruppo di Pisa (AA.VV., *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997, a cura di V. Angiolini, Torino 1998) e ad un diverso seminario pisano, con la partecipazione di alcuni giudici della Corte (A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Atti del Seminario di Pisa del 26 ottobre 2001, a cura di G. Famiglietti, E. Malfatti, P.P. Sabatelli, Torino 2002).

³ Si sofferma attentamente sulle recenti iniziative di “apertura” della Corte (e sul loro scopo), M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, 403 ss.

⁴ Sottolinea la «rilevanza che riveste per la stessa Corte il confronto con le altre esperienze comparate e il dibattito specialistico in tema» F. CLEMENTI, *A proposito delle recenti “Modificazioni alle norme integrative per i giudizi*

punto di vista la modifica operata con la delibera dell'8 gennaio 2020 costituisce il punto di arrivo di un dibattito avviato molti anni prima e probabilmente non ancora del tutto definito, stante – come si vedrà – la non improbabilità di qualche ulteriore aggiustamento.

Sempre in via preliminare, occorre svolgere altre due considerazioni.

Innanzitutto, l'introduzione dell'art. 4-ter, rubricato «*Amici curiae*» (ad opera dell'art. 2 della delibera sopra citata) costituisce la più rilevante delle novità approvate dalla Corte nel 2020. Da questo punto di vista, infatti, non possono dirsi del tutto nuove le previsioni dei commi 6 e 7⁵ dell'art. 4 novellato, ben potendo essere considerate come un recepimento della «costante giurisprudenza» della Corte. Non stupisce che lo stesso Giudice delle leggi abbia qualificato in questi termini il portato del citato comma 7 (tra le decisioni più recenti, si vedano l'[ordinanza allegata](#) alla [sentenza n. 180 del 2021](#), la [sentenza n. 46 del 2021](#) e l'[ordinanza n. 271 del 2020](#)). D'altra parte, quand'anche la Corte non l'avesse ammesso, è agevole rilevare come la formulazione dei commi 6 e 7 ricalchi il *decisum* di numerose pronunce.

Nemmeno l'art. 4-bis N.I. costituisce una novità assoluta per il processo costituzionale, trattandosi, piuttosto, della sostanziale codificazione delle «direttive ed istruzioni» impartite dal Presidente Lattanzi alla Cancelleria della Corte con una [nota del 21 novembre 2018](#), che, peraltro, non poco rilievo ebbe all'epoca della sua pubblicazione, avvenuta sull'*homepage* del sito della Corte e oggetto di attenzione da parte della dottrina⁶.

Men che meno può dirsi che sia del tutto nuova la previsione dell'art. 14-bis, rubricato «*Esperti*»⁷, non essendo rilevabile, sotto il vigore del testo delle norme integrative vigente fino al 2020, una ragione ostativa dell'eventuale audizione di «esperti di chiara fama». Sul punto, è facile rilevare che la formulazione, rimasta immutata, degli artt. 12 e 13 non frapponeva – e quindi non frappone – alcun ostacolo all'acquisizione del parere di esperti, anche mediante una loro audizione alla Corte. Probabilmente, l'unica novità è costituita dalle *modalità* di acquisizione di questi pareri, che, in base al testo dell'art. 14-bis deve avvenire in camera di consiglio alla presenza delle «parti costituite»; mentre, gli artt. 12 e 13 individuano nel «giudice per l'istruzione con l'assistenza del cancelliere» l'organo competente alla generica «assunzione dei mezzi di prova».

L'ultima considerazione preliminare ha, invece, ad oggetto una questione terminologica, dietro la quale se ne cela una sostanziale. Il tenore letterale dell'art. 4-ter N.I. non consente di parlare di un vero e proprio “ingresso” degli *Amici curiae* nel giudizio di costituzionalità. Depongono in tal senso: la precisazione per cui gli *Amici* «non assumono qualità di parte nel giudizio costituzionale»⁸ (art. 4-ter, comma 5, N.I.); l'impossibilità di illustrare nell'eventuale udienza pubblica il contenuto delle opinioni («non partecipano all'udienza», sempre art. 4-ter, comma 5); l'impossibilità di «ottenere copia degli atti» (*ibidem*); e l'unicità dell'opinione, nel senso che essi «[...] possono presentare [...] un'opinione scritta» (corsivo aggiunto), previsione, questa, che sembra precludere la possibilità di depositare una memoria di replica.

Dunque, gli *Amici* offrono alla Corte un'opinione che, se ritenuta ammissibile sulla base dei requisiti di cui si discuterà nel paragrafo successivo, entrerà a far parte del patrimonio conoscitivo

davanti alla Corte costituzionale, in *il Mulino*, 9 marzo 2020. Analogamente, ma prima delle modifiche di cui si discute, T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale “aperto”? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 371 ss. Sull'esperienza statunitense si rimanda a P. BIANCHI, *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Giur. cost.*, 6/1995, 4751 ss.

⁵ In base al comma 6, «[l]a Corte decide sull'ammissibilità degli interventi», mentre, in virtù del comma 7, «[n]ei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio».

⁶ A. RUGGERI, [Nota minima a riguardo di una procedimentalizzazione anomala dell'intervento del terzo nei giudizi di costituzionalità](#), in questa [Rivista](#), 2018/III, 616 ss.

⁷ Sulla quale si veda A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in [Osservatorio AIC](#), 2/2020, 13 ss.; R. CARIDÀ, *Notazioni minime su amici curiae ed esperti nel processo costituzionale*, in questa [Rivista](#), 2020/III, 596 ss.

⁸ ... sempre che di parti possa parlarsi nel giudizio in via incidentale. Su tutti si rinvia a R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano 1985, *passim*.

cui attingerà la Corte; patrimonio, composto non solo dagli atti di causa, ma anche da eventuali documentazioni e informazioni acquisite in via istruttoria e da un insieme indefinito di conoscenze che i singoli giudici acquisiranno *motu proprio* (si pensi, ad esempio, alle ricerche effettuate dai loro assistenti⁹). In sostanza, l'*opinio* dell'*Amicus* arricchirà il patrimonio documentale di conoscenze della Corte senza che questa opinione “si animi” per mezzo di un'eventuale illustrazione orale.

2. I requisiti di ammissione e la loro verifica.

Gli studiosi che si sono fin qui occupati degli *Amici* della Corte costituzionale si sono approfonditamente soffermati sui requisiti richiesti per l'ammissibilità delle *opiniones*¹⁰. Non occorre, dunque, riprendere le considerazioni già formulate, se non per sottolineare come l'art. 4-ter individui tre tipologie di requisiti, attinenti, rispettivamente, ai profili soggettivi degli *Amici* (comma 1), a quelli oggettivi dell'*opinio* (comma 2) e a quelli più propriamente funzionali rispetto alla questione da decidere (comma 3).

Tra i primi rientra la previsione per cui deve trattarsi di «formazioni sociali senza scopo di lucro» o di «soggetti istituzionali», entrambi «portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità». Tra i secondi rientrano le caratteristiche oggettive dell'*opinio*, che non deve superare i 25.000 caratteri, comprensivi degli spazi (e, si presume, di eventuali note). Alla terza tipologia è riconducibile la previsione dell'*utilità* («elementi utili») dell'*opinio* al fine della «conoscenza» e della «valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità». Quest'ultimo requisito si differenzia dai precedenti perché il suo accertamento presuppone un esame (e quindi una lettura) dell'*opinio* che, invece, sembrerebbe precluso se si accertasse l'assenza del requisito soggettivo o un significativo superamento del limite di caratteri. Siffatta caratteristica consente di affermare che anche l'*opinio* non contenente «elementi utili» (e che per questa ragione sarà *poi* ritenuta inammissibile) finisce comunque con il raggiungere lo scopo che l'*Amicus* si è prefissato: quello di portare a conoscenza della Corte il suo punto di vista sulla questione in esame.

Più in generale, prescindendo dal requisito legato all'estensione, in senso dimensionale, dell'*opinio*, che sembra costituire un dato oggettivo¹¹, la valutazione degli altri due requisiti (ma soprattutto del terzo) lascia un ampio spazio di discrezionalità alla Corte e in particolare al suo Presidente («sentito il giudice relatore») quanto alla decisione di ammettere o meno l'*opinio* di un *Amicus curiae*. Stando al dato letterale sopra citato, dovrebbe infatti ritenersi che un caso “non particolarmente complesso” possa non rendere necessaria l'*opinio* di un *Amicus curiae*. L'utilità andrebbe, dunque, valutata in relazione non solo all'effettivo contributo portato dall'*opinio* ma anche alla necessità dello stesso «in ragione della [...] complessità» del giudizio.

⁹ Sul ruolo degli assistenti cfr. E. LAMARQUE, *Chi sono gli assistenti di studio dei giudici costituzionali?*, in *Consulta Online*, 1° novembre 2011.

¹⁰ Tra i primi commenti sulla novella delle *Norme integrative* si v. il *Dibattito sulle modifiche alle Norme integrative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, 481 ss., con contributi di A. ANZON DEMMIG, A. CERRI, P. COSTANZO, F. DAL CANTO, A. D'ATENA, S. DI PALMA, M. ESPOSTO, A. LUCARELLI, M. MANETTI, A. MOSCARINI, V. ONIDA, R. PESSI, O. RAZZOLINI e R. ROMBOLI. Si v., inoltre, P. RIDOLA, “*La Corte si apre all'ascolto della società civile*”, in *Federalismi.it*, 2/2020, editoriale; A. RUGGERI, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia Insieme*, 24 gennaio 2020; A. 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; 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; A. SCHILLACI, *La “porta stretta”: qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla “società civile”*, in *Diritti Comparati*, 31 gennaio 2020.

¹¹ Non si hanno elementi sulla presenza, o meno, di un rigore o di una flessibilità della Corte nella verifica di questo requisito; sarebbe necessario al riguardo conoscere quale sia la “soglia di sfioramento” del limite dei caratteri in ipotesi “tollerata” dalla Corte.

Quanto alla verifica degli anzidetti requisiti, essa è rimessa, come si diceva, alla valutazione del Presidente, cui compete, sentito il relatore, la decisione di ammettere, con proprio decreto, le opinioni che ritenga utili ai fini della conoscenza e della valutazione del caso¹². La norma esclude quindi una decisione collegiale e soprattutto prevede che, solo in caso di ammissione dell'opinione, il Presidente adotti un decreto.

Quest'ultima considerazione sembra costituire uno dei profili più problematici dell'intero impianto normativo del 2020. Siffatta previsione impedisce, infatti, che si abbia contezza delle ragioni ostative dell'ammissione sia quando esse risiedano nel mero sforamento del numero massimo di battute, sia quando l'*Amicus* non possieda i requisiti soggettivi, sia, da ultimo, quando l'*opinio* non offra elementi utili per la decisione del giudizio di costituzionalità. L'ampio spettro delle possibili ragioni ostative dell'ammissione richiederebbe, piuttosto, che queste siano esplicitate per rendere "proficua" la novità introdotta con la delibera del 2020. Per questa ragione sarebbe quanto mai necessaria un'ulteriore modifica delle norme integrative che preveda, anche in caso di non ammissione, un provvedimento del Presidente che ne espliciti le ragioni, al pari di quanto avviene per gli interventi¹³.

Va inoltre osservato che l'assenza di una motivazione¹⁴ sulle ragioni di esclusione di alcuni *Amici* rende del tutto imprevedibile la decisione del Presidente della Corte, impedendo che si formi una "giurisprudenza" sul punto, con la conseguenza che solo in via presuntiva si può tentare di ricostruire la valutazione operata dal Presidente. Al riguardo, qualche indicazione potrebbe ricavarsi solo in ipotesi del tutto peculiari, come, ad esempio, quella in cui le opinioni del medesimo soggetto siano state escluse in un giudizio e ammesse in un altro; in questo caso è infatti potrebbe ritenersi che le ragioni di esclusione non risiedano nell'assenza dei requisiti soggettivi ma di quelli rimanenti. Ad ogni modo, questo ragionamento presuntivo presta il fianco ad un'obiezione: la diversa natura dei giudizi di legittimità costituzionale (in via principale e in via incidentale) ben potrebbe indurre il Presidente a valutare in modo differente l'ammissibilità dell'*opinio* del medesimo *Amicus curiae*¹⁵.

Per queste ragioni, quello anzidetto pare essere un punto dolente del quadro normativo novellato nel 2020; da questo punto di vista, come si vedrà a breve, l'analisi dei dati di quanto fin qui avvenuto sembra confermare la problematicità di questo profilo.

A quanto detto si aggiunga un ulteriore profilo di perplessità legato all'assenza di una normativa transitoria. L'art. 8 della delibera 8 gennaio 2020 prevede infatti che «[l]e presenti modifiche entrano in vigore il giorno successivo alla loro pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* e si applicano anche ai giudizi pendenti a quella data». Questa disposizione, di per sé non foriera di particolari problemi, si scontra, però, con la previsione recata dal comma 1 dell'art. 4-ter, secondo cui «[e]ntro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione [...] le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali [...] possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta». Pertanto, l'immediata applicabilità delle modifiche alle N.I. avrebbe forse reso opportuna la previsione di una eccezionale "riapertura dei termini" o del decorso del termine (per il deposito di un'*opinio*) a partire dalla pubblicazione della delibera del 2020 per quei giudizi i cui atti introduttivi¹⁶ sono stati pubblicati in *Gazzetta* prima della pubblicazione della delibera modificativa delle N.I. A fronte dell'assenza di una disposizione di tal fatta è presumibile ritenere che la non ammissione delle prime opinioni depositate (come ad es. quella relativa al ric. n. 52 del 2019,

¹² I decreti presidenziali di ammissione sono reperibili, oltre che in un'apposita [sezione del sito web](#) della Corte, su questa [Rivista](#) mediante la ricerca testuale.

¹³ La cui ammissibilità o non ammissibilità è disposta con ordinanza del Presidente.

¹⁴ A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, 435, parla della conoscibilità delle opinioni «soltanto se ammesse e nella misura in cui entreranno a far parte della motivazione».

¹⁵ Si sofferma sulla novità in commento, in relazione al giudizio in via d'azione, F. DAL CANTO, [Il giudizio in via principale nella novella delle Norme integrative del gennaio 2020](#), in questa [Rivista](#), 2020/II, 324 ss.

¹⁶ Quindi sia ordinanze sia ricorsi, in virtù del richiamo all'art. 4-ter operato dal nuovo testo dell'art. 23 N.I.

deciso con la [sentenza n. 56 del 2020](#)) sia stata determinata dalla tardività del deposito dell'*opinio*, il che appare non condivisibile.

In generale, quindi, l'esperienza delle modifiche delle N.I. del 2020 conferma la necessità di una normativa transitoria, sempre che si voglia rendere applicabili le nuove disposizioni anche ai giudizi pendenti.

3. I "numeri" degli *Amici curiae*.

Al netto delle considerazioni sopra svolte che muovono dal dato letterale delle modifiche del 2020, è interessante esaminare i numeri desumibili dall'esperienza fin qui maturata.

Da un punto di vista meramente quantitativo, il dato più significativo è quello costituito dal rapporto tra il numero generale di *opiniones* depositate e quelle ammesse. A fronte, infatti, di un numero complessivo di 103 opinioni¹⁷ solo 53 (pari al 51,45%) sono state ammesse e quindi 50 sono state respinte per ragioni che, in virtù di quanto sopra detto, non è dato sapere. Questa tendenza, per cui solo metà degli *Amici* trova accesso alla Corte è confermata anche guardando alle singole tipologie di giudizi: infatti, nei giudizi in via incidentale sono state ammesse 41 (pari al 51,25%) opinioni su un totale di 80, mentre in quelli promossi in via d'azione sono state ammesse 11 (pari al 52,38%) opinioni su un totale di 21.

Non fanno testo, in ragione dell'esiguità dei dati, i giudizi per conflitti tra poteri e tra enti, nei quali è stata fin qui depositata una sola opinione per ciascuna tipologia di conflitto (ammessa in quello tra enti e non ammessa in quello tra poteri).

Un altro dato significativo è quello relativo al (comprensibile) maggiore *appeal* che il giudizio in via incidentale ha rispetto a quello in via d'azione; difatti 80 opinioni (pari al 77,67%) su 103 sono state depositate nei giudizi rientranti nella prima tipologia¹⁸. È evidente, infatti, che a favore del giudizio in via incidentale gioca la "concretezza" dello stesso e la difficoltà di accedere in altro modo alla Corte. Al riguardo, occorre aggiungere che, probabilmente, in assenza della possibilità di depositare questo tipo di opinioni, i soggetti interessati avrebbero dovuto tentare la strada dell'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum*, un percorso difficile¹⁹, stante la rigorosa giurisprudenza fin qui consolidatasi sul punto. In altre parole, la considerazione della natura dei soggetti che hanno depositato opinioni e l'elevato numero delle stesse nei giudizi in via incidentale sembrano dimostrare che l'opportunità offerta dalle N.I. ha finito con il "drenare" il numero degli interventi di terzi che, piuttosto di vedere esclusa la loro partecipazione al giudizio, hanno optato per il deposito di un'opinione.

Un altro elemento da considerare è costituito dal fatto che le 80 opinioni depositate in procedimenti in via incidentale hanno riguardato 45 giudizi²⁰, il che dimostra come l'interesse degli *Amici curiae* non sia generalizzato ma si concentri solo su alcune cause rispetto alle quali si ritiene utile portare un contributo di idee. In proposito, è interessante rilevare come già solo in 3 giudizi in via incidentale siano state depositate ben 16 opinioni; non a caso si trattava di questioni assai delicate, decise, rispettivamente, con la [sentenza n. 152 del 2020](#) (di illegittimità costituzionale, con

¹⁷ Si sottolinea nuovamente che i dati sono aggiornati al 30 settembre 2021.

¹⁸ Al riguardo, è interessante rilevare che, considerata una media approssimativa di 200 ordinanze di rimessione all'anno e tenuto conto che sono state depositate 80 opinioni di *Amici curiae* in un arco temporale di un anno e poco più di 8 mesi, risulta un rapporto di una *opinio* depositata ogni 4 (o poco più) ordinanze. Questa considerazione non tiene conto, ovviamente, del tasso di concentrazione delle opinioni di cui sopra si è detto.

¹⁹ Osserva A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 435, che l'ente si troverà di fronte ad una «scelta dilemmatica»: intervenire come terzo (*ex art. 4, comma 7*) o come *amicus curiae* (*ex art. 4-ter*). Certo, non si può negare che l'intervento di terzo «deve superare il previo vaglio del collegio ed esige l'onerosa dimostrazione della titolarità di un interesse qualificato», mentre la seconda via «è percorribile sulla base di una deliberazione non motivata e inappellabile del Presidente (sentito il Giudice relatore)», anche se «non fa assumere la qualità di parte nel giudizio di costituzionalità né obbliga la Corte a replicare alle argomentazioni introdotte».

²⁰ Con un "tasso di concentrazione" (a volerlo così definire) pari a 1,77 opinioni per giudizio.

la quale sono stati estesi i «benefici incrementativi» agli invalidi civili totali che abbiano più di diciotto anni), con la [sentenza n. 33 del 2021](#) (di inammissibilità, relativa al divieto di riconoscimento di sentenze straniere dichiarative della genitorialità in caso di ricorso alla maternità surrogata) e con l'[ordinanza n. 97 del 2021](#) (di rinvio all'udienza del 10 maggio 2022, relativa al c.d. ergastolo ostativo).

Ebbene, in questi tre giudizi si è passati dalle 5 opinioni tutte non ammesse del primo, alle 5 (di cui 4 ammesse) del secondo e alle 6 (di cui 5 ammesse) del terzo. Questi dati, che ovviamente prescindono dall'effettivo contributo offerto dagli *Amici*, testimoniano sicuramente che l'apertura disposta dalla Corte nel 2020 ha suscitato un notevole interesse nella c.d. società civile.

Nei giudizi promossi in via d'azione, la partecipazione degli *Amici* risulta, invece, un po' meno concentrata; infatti, le 21 opinioni complessive sono state depositate in 12 giudizi²¹. Da questo punto di vista, balzano agli occhi le 4 opinioni depositate nel giudizio promosso con ric. n. 37 del 2020, deciso con la [sentenza n. 3 del 2021](#), relativo all'impugnativa statale di una normativa regionale toscana che disciplina il circuito automobilistico e motociclistico situato nel Comune di Scarperia e San Piero. In questo caso, tra l'altro, anche il Comune in questione aveva depositato un'*opinione*, non ammessa dal Presidente della Corte, a differenza delle altre tre depositate da associazioni, federazioni e società sportive.

In generale, può dunque dirsi che il bilancio dell'esperienza degli *Amici curiae* presenti luci e qualche ombra: tra le prime rientra senza dubbio il notevole interesse suscitato da questa possibilità, probabilmente ipotizzato e, forse, finanche temuto dalla Corte; si considerino inoltre le possibili ricadute in ordine ad una maggiore ricchezza nel processo deliberativo e motivazionale della Corte²². Tra le ombre deve annoverarsi il numero relativamente basso di opinioni ammesse (che per il momento scongiura il rischio dell'aggravio della mole di lavoro²³) che fa il paio con la considerazione svolta in precedenza, relativa all'assenza di motivazione della mancata ammissione. Rimane infine incerto il ruolo che queste modifiche, insieme ad altre iniziative messe in atto dalla Corte, potranno giocare in ordine alla sua legittimazione nel sistema²⁴.

4. Le “qualità” degli *Amici curiae*.

Meritevole di particolari approfondimenti è sicuramente la questione di quali *Amici* siano stati fin qui ammessi dal Presidente della Corte. Anche su questo punto era ampiamente prevedibile che talune categorie di soggetti fossero maggiormente interessate all'apertura della Corte. Tra queste si annoverano le associazioni di categoria e sindacali, quelle di volontariato e quelle portatrici di istanze relative ad ambiti ben definiti (si pensi alle associazioni ambientaliste, a quelle promotrici della libertà di ricerca scientifica, dei diritti delle persone LGBTI, dei detenuti, degli immigrati e financo delle vittime del dovere). Ma il panorama degli *Amici* è ancora più ampio, finendo con il comprendere anche Associazioni costituite in vista di uno specifico contenzioso giudiziale (si pensi all'Associazione “Area 167” e a quella del comitato acquirenti piani di zona, peraltro entrambe ammesse).

Peraltro, dal punto di vista qualitativo non si registrano significative differenze tra giudizi in via incidentale e in via principale. In questo quadro assai variegato e nel quale non è possibile comprendere per quali ragioni alcune associazioni siano state ammesse e altre no o addirittura la stessa associazione sia stata ammessa in giudizio e non in un altro, spiccano alcuni dati. In primo

²¹ Con un “tasso di concentrazione” pari a 1,75 opinioni per giudizio.

²² In tal senso si è espressa C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2020, 206.

²³ Prospettata, tra i tanti da M. LUCIANI, *L'incognita*, cit., 414, e da C. MASCIOTTA, *Note a margine*, cit., 207.

²⁴ 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](#), 2/2020, 401, evidenzia il rischio di uno «spostamento dell'asse della legittimazione della Corte costituzionale».

luogo, balza agli occhi il numero significativo di associazioni di imprese operanti nei settori dell'energia (ben 12 opinioni, pari all'11,65% del totale, di cui 7 nel giudizio incidentale e 5 nel principale). In secondo luogo, la novità introdotta nel 2020 sembra aver avuto uno scarso *appeal* sulle tradizionali confederazioni sindacali, registrandosi una sola opinione depositata dalla CGIL (non ammessa), a vantaggio delle associazioni sindacali e di categoria, che invece finiscono con l'assorbire più di un quarto del numero complessivo delle opinioni.

Inoltre, non si sono registrate fin qui opinioni di partiti e movimenti politici, fatta eccezione per il Movimento Nuova Italia Unita (non ammessa), per cui non è dato sapere se la Corte riterrà riconducibile la specifica natura del partito e dei movimenti politici alle caratteristiche soggettive di cui all'art. 4-ter N.I.²⁵. Alcune specifiche considerazioni devono essere riservate alle opinioni depositate dal Comune di Scarperia e San Piero in un giudizio in via d'azione e dall'Università della Tuscia in uno in via incidentale, entrambe escluse.

Dopo aver ribadito che, non conoscendosi le ragioni di esclusione, non è possibile capire se questa sia dovuta alla mancanza dei requisiti soggettivi o di quelli oggettivi o addirittura di entrambi, occorre sottolineare che, in entrambi i casi, a prima vista parrebbero sussistere le caratteristiche soggettive. In altre parole, a primo acchito, non sembra potersi dubitare che Comune e Università siano riconducibili ai «soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità».

Peraltro, nel giudizio promosso in via principale, nel quale il Comune ha depositato l'*opinione*, si discuteva della costituzionalità di una normativa relativa al circuito automobilistico e motociclistico situato nel territorio dello stesso Comune. Parimenti lineare pareva l'ammissibilità dell'*opinione* depositata, in un giudizio attinente a una norma del testo unico sull'immigrazione, dall'Università della Tuscia e, in particolare, da un centro studi sul diritto dell'immigrazione (Accademia Diritto e Migrazioni – ADiM) incardinato presso un dipartimento della stessa Università. Stanti, dunque, l'attinenza con le rispettive questioni di costituzionalità e l'indubbia utilità del contributo offerto da questi soggetti per la definizione del giudizio, sembrerebbe difficile negare che sia il Comune sia l'Università siano soggetti istituzionali, in quanto riconducibili pianamente alla struttura dello Stato-istituzione. Emerge, ancora una volta, il limite più significativo della modifica delle N.I. del 2020 che, in casi come questi, non consente di avere contezza delle ragioni dell'esclusione.

5. Considerazioni conclusive: il “ruolo” degli *Amici curiae* nel processo costituzionale

Si è fin qui guardato all'esperienza degli *Amici curiae* muovendo dalla prospettiva degli stessi e delle loro opinioni. Resta da indagare quale ruolo il loro contributo di idee abbia giocato nella decisione della Corte. Si tratta, com'è ovvio, di una verifica pressoché impossibile; vi sono però alcuni elementi testuali che possono costituire utili indizi per gli studiosi.

Il riferimento è ovviamente alle motivazioni delle decisioni della Corte e allo spazio che quest'ultima ha fin qui riservato agli *Amici* sia nella parte in fatto della pronuncia (là dove si dà conto dei soggetti intervenuti a vario titolo) sia soprattutto nella parte in diritto.

Esaminata da questa prospettiva, l'esperienza degli *Amici* è sicuramente insoddisfacente sia per il numero esiguo di decisioni (11 in tutto) in cui trovano spazio le loro argomentazioni, sia per lo spazio ad esse riservato. In particolare, solo in 5 delle 11 decisioni in parola si dà conto nel *Considerato in diritto* del deposito di *opiniones* e, addirittura, solo in due casi ([sentenze n. 260 del 2020](#) e [n. 39 del 2021](#)) la motivazione della Corte fa leva anche sulle considerazioni svolte dagli *Amici curiae*, peraltro sempre unitamente alle argomentazioni del rimettente e delle parti costituite. Da quest'ultima disamina emerge un quadro sconcertante rispetto al quale, solo parzialmente, può giovare come attenuante il fatto che i termini delle questioni siano solo quelli fissati dal giudice rimettente o dal ricorrente.

²⁵ Afferma la possibilità di far rientrare i partiti e i sindacati nel novero dei possibili *Amici curiae*, M. LUCIANI, *L'incognita*, cit., 412.

Se è infatti innegabile che il *thema decidendum* non possa essere ampliato né dalle parti e dagli intervenienti né a maggior ragione dagli *Amici curiae*, resta il fatto che appare a dir poco contraddittorio che le decisioni della Corte non diano menzione nemmeno delle opinioni ammesse, vale a dire di quelle ritenute recanti «elementi utili» per la valutazione del caso e per la definizione del giudizio. Sembra necessaria, pertanto, un'opera di persuasione, da parte della dottrina, che induca la Corte a dare un adeguato risalto alle *opiniones*, specie di quelle ammesse, e ad evitare una loro impropria assimilazione agli interventi dichiarati inammissibili. Ciò che però va sottolineata, in conclusione, è l'esigenza di una necessaria *cautela* nel (continuare a) «maneggiare» questo nuovo strumento processuale²⁶.

²⁶ L'esigenza in parola è stata manifestata, con diversità di toni e accenti, da numerosi studiosi. Si v., *ex plurimis*, P. RIDOLA, *op. cit.*, VI; M. LUCIANI, *L'incognita*, cit., 414; C. MASCIOTTA, *Note a margine*, cit., 206.

Agatino Cariola

**L'elettorato passivo può essere trasformato in interesse legittimo?
Brevi osservazioni a margine di [Corte costituzionale 11 marzo 2021, n. 35](#)***

ABSTRACT: The essay comments favourably on the decision by which the Constitutional Court judged not unlawful the provision of the fixed duration of the limiting measures of the right to vote and the right to electorate, imposed together with the criminal sanctions against elected administrators, denying the necessary competence of the judge to evaluate case by case

1. Nella vicenda decisa dalla [sentenza n. 35 del 2021](#) gran parte dell'attenzione posta dal giudice remittente riguarda la contestazione del d.lgs. n. 235/2012 e precisamente dell'art. 8, perché esso commina la misura della sospensione agli amministratori pubblici condannati per determinati reati, secondo un «rigido automatismo applicativo» che esclude ogni «vaglio di proporzionalità tra i fatti oggetto della condanna e la sospensione dalla carica elettiva». La norma parametro è stata individuata dal giudice *a quo* nell'art. 3 Primo Protocollo Cedu, che riguarda il diritto a libere elezioni e che comprende il diritto individuale a parteciparvi; ciò ha costretto il giudice costituzionale italiano a ricostruire la giurisprudenza della Corte Edu e quasi a “difendere” la disciplina nazionale da possibili “accuse” di violazione dei diritti dell'uomo come appunto riconosciuti in sede sovranazionale.

Secondo la sentenza gli articoli 97 e 54 della Costituzione, che rispettivamente affidano «al legislatore il compito di organizzare i pubblici uffici in modo che siano garantiti il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione» ed impongono «ai cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche il dovere di adempierle con disciplina ed onore», giustificano appieno misure quali la sospensione automatica e per un tempo determinato degli amministratori pubblici colpiti da sentenze di condanna ancora non definitive. Il fatto che non sia previsto da parte del giudice un apprezzamento sulla gravità della violazione addebitata al singolo soggetto sospeso e che, al contrario, la legge abbia disposto la sospensione secondo un automatismo legato ai tempi di attesa dei giudizi di appello e di cassazione, «non è in contrasto con il criterio della proporzionalità, costituendo invece il frutto di un ragionevole bilanciamento tra gli interessi che vengono in gioco nella disciplina dei requisiti per l'accesso e il mantenimento delle cariche in questione, e quindi tra il diritto di elettorato passivo, da un lato, e il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, dall'altro».

La Corte costituzionale ha, quindi, rigettato la questione di legittimità della disciplina indubbiata ed ha escluso di poter adottare un intervento di tipo additivo quale quello richiesto dal giudice *a quo*. Quest'ultimo, infatti, assumeva che l'art. 3 Primo Protocollo Cedu richiedesse di necessità «che eventuali limiti di qualsiasi genere al diritto degli eletti di rivestire le cariche conferitegli dal meccanismo democratico potessero derivare solo da un "processo decisorio individualizzato"»; e sempre sulla base della giurisprudenza Cedu presupponeva «che tale processo deve essere tendenzialmente di natura giurisdizionale e comunque pervenire ad un concreto collegamento tra il fatto commesso» (dall'ordinanza di rimessione).

2. Il problema sollevato dal giudice remittente era, allora, quello della possibile riserva di giurisdizione nella determinazione temporale della misura cautelare integrata dalla sospensione. Il che è un problema assolutamente serio perché riguarda la competenza ad intervenire nel campo dei diritti fondamentali, quali quelli di voto e di elettorato passivo, che possono sinteticamente ed in

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.

maniera comprensiva definirsi i diritti di partecipazione politica. Ed allora il tema non va sottovalutato, anzi da qui insorge l'interesse a continuare la riflessione.

La proposta additiva del giudice remittente, quasi nascosta tra le righe dell'ordinanza, era quella di assegnare al giudice penale la competenza a decidere circa la durata della sospensione cautelare. Sembrerebbe di capire che la proposta fosse di attribuire al giudice che accerta la responsabilità dell'imputato e che per questo lo condanna alla sanzione penale, la competenza ad adottare pure la misura della sospensione, graduandola in relazione alla gravità del reato e, quindi, all'entità della condanna, atteso che questa dovrebbe essere stata calcolata entro i limiti edittali alla stregua dei criteri indicati dall'art. 133 c.p.

Si è trattato di una proposta additiva: il semplice annullamento dell'art. 8 del d.lgs. n. 235/2012 non sarebbe bastato a soddisfare l'esigenza posta dal giudice *a quo*. L'attribuzione ad un organo del potere di decidere qualcosa è compito del legislatore (nell'organizzazione amministrativa ex art. 97 Cost. come nella struttura giurisdizionale ex art. 101) e non certo un esito che discende *de plano* dalla mera caducazione.

3. La Corte costituzionale ha pertanto dovuto affrontare il punto, quasi la sfida posta dal giudice *a quo*: per questo ha ricostruito la giurisprudenza del giudice di Strasburgo; ha ricordato il precedente del 2010, [Frodl contro Austria](#), che richiedeva un «provvedimento giurisdizionale personalizzato»; ma ha pure notato il diverso orientamento delle sentenze della Grande Camera, precisamente [Ždanoka contro Lettonia](#) del 2006, e [Scoppola c. Italia](#) del 2012; addirittura si è spinta a rilevare che il sindacato della Corte Edu sulle limitazioni del diritto di elettorato passivo è meno stringente e rigido di quello esercitato a proposito del diritto di voto, citando le sentenze [Etxeberria e altri contro Spagna](#) del 2009 e, sempre, [Ždanoka contro Lettonia](#). Il legislatore può, allora, definire direttamente le circostanze in cui applicare la misura limitativa dei diritti di partecipazione politica e «bilanciare a priori gli interessi in gioco».

La mia opinione è che tale soluzione – l'attribuzione al legislatore del compito di individuare la durata fissa delle misure limitative dei diritti fondamentali di voto e di elettorato passivo – sia non solo possibile, ma addirittura costituzionalmente necessitata. Sempre, ovviamente, che si vogliano introdurre tali misure cautelari a carico dell'amministratore pubblico colpito da sentenza di condanna.

È da escludere in via preliminare che possa essere accolta una soluzione che affidi a soggetti amministrativi l'intervento sui diritti politici fondamentali: questa sarebbe senz'altro *extra ordinem* e violerebbe l'intero assetto costituzionale, ad iniziare dall'art. 13 Cost. che – appunto secondo una tesi sostenuta da Mortati e Barbera – prescrive la pronuncia giudiziaria tutte le volte in cui il provvedimento limitativo comporti un *vulnus* alla dignità personale del colpito. La sospensione da un ufficio – per giunta elettivo – per definizione è un intervento che incide sulla sfera personale del soggetto e, quindi, in tale prospettiva, sulla sua libertà (oltre che sulla decisione dei cittadini elettori i quali scelgono i loro rappresentanti).

L'autorità politico-amministrativa non può essere titolare di un potere di incisione sulla sfera politica dei cittadini: la discrezionalità amministrativa contrasta per definizione con il riconoscimento di diritti soggettivi fondamentali e nell'ordinamento di matrice liberale non può nemmeno ammettersi che l'amministrazione possa decidere limitazioni a carico di tali diritti. L'intervento di autorità amministrative nelle vicende relative ai diritti di partecipazione politica non può non essere vincolato e meramente ricognitivo di accertamenti fatti in sede giurisdizionale. Non a caso la giurisprudenza della Cassazione, chiamata ad intervenire per regolare le giurisdizioni, afferma la sussistenza della giurisdizione ordinaria su vicende di questo tipo.

Può discutersi a lungo sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e chi scrive accoglie la conclusione che non vi siano differenze sostanziali tra l'una e l'altra situazione giuridica

sogettiva, giacché entrambe hanno riguardo in definitiva ad un bene della vita che il soggetto aspira a “consumare” secondo modalità sostanzialmente individualistiche. La posizione giuridica personale è unica e comprende un largo fascio di potestà, facoltà, pretese, chance, ecc., secondo una dinamica che va da un estremo in cui il soggetto può esercitare da solo tali attribuzioni e richiede l’astensione di ogni altro, all’estremo opposto in cui la soddisfazione della propria pretesa “passa” necessariamente attraverso l’esercizio di poteri altrui. La nozione di interesse legittimo allude alle ipotesi in cui tale ultimo potere è esercitato da soggetti pubblici, spesso dotati di legittimazione politica. A tale distinzione si lega nel nostro ordinamento il complicato assetto delle giurisdizioni. Stando alla disciplina positiva che trova sanzione negli articoli 24 e 103 Cost., se si assegnasse ad un’autorità amministrativa di graduare la durata della sospensione dall’esercizio dei diritti di partecipazione politica, questi ultimi sarebbero “degradati” ad interessi legittimi, quasi “occasionalmente protetti” *a latere* della tutela di un interesse pubblico: tutto il contrario del presupposto dal quale spesso e comunemente si muove, cioè dal riconoscimento dei diritti di elettorato attivo e passivo quali diritti fondamentali.

Soprattutto, l’attribuzione all’autorità politico-amministrativa del potere di limitare tali diritti fondamentali significherebbe l’ingerenza del potere politico – e concretamente della maggioranza politica – sulla sfera personale dei cittadini in contrasto con il valore dell’eguaglianza che è a fondamento di ogni sistema democratico. Questo sembra essere il punto dirimente: se un organo politico – o anche un ufficio amministrativo sottoposto all’indirizzo del primo – potesse limitare i diritti individuali di partecipazione politica, gli si attribuirebbe il potere di definire i confini personali della democrazia e si comprometterebbe l’eguaglianza tra i cittadini. Correttamente, pertanto, l’art. 8 del d.lgs. n. 235/2012 riporta che il «Presidente del Consiglio dei ministri ... adotta il provvedimento che accerta la sospensione» la quale, appunto, avviene «di diritto».

Escluso che organi politico-amministrativi possano limitare i diritti di elettorato attivo e passivo, rimane il punto se siffatto potere possa essere esercitato in sede giurisdizionale, secondo la prospettiva avanzata appunto dal giudice remittente nella vicenda che ha dato occasione alla pronuncia della Corte costituzionale.

Si è ricordato in precedenza che la riserva di giurisdizione è strumentale appunto a limitare i diritti di libertà e tra questi vi sarebbero anche quelli di partecipazione politica.

Già per l’art. 317-*bis* c.p. il giudice penale può determinare la durata dell’interdizione dai pubblici uffici e dell’incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione, ricorrendo determinati presupposti ed in base alla misura della pena comminata. In questa prospettiva non sarebbe peregrino che il giudice penale irrogasse la sanzione principale, determinasse appunto la durata della pena accessoria dell’interdizione e decidesse anche sulla misura cautelare della sospensione degli amministratori pubblici dai rispettivi uffici, nell’attesa che la sentenza passi in giudicato o si proponga impugnazione.

Del resto, l’art. 289 c.p.p. prevede la sospensione dall’esercizio di un pubblico ufficio o da un servizio dell’imputato sempre per i fini cautelari indicati dall’art. 274 c.p.p. e nei termini massimi di durata indicati dall’art. 308 c.p.p. È vero che la sospensione ivi indicata oggi «non si applica agli uffici elettivi ricoperti per diretta investitura popolare» (art. 289 u.c., c.p.p.), ma nella vicenda che ha dato occasione alla pronuncia della Corte costituzionale la proposta additiva avanzata dal giudice remittente era appunto quella di superare l’attuale conformazione degli istituti. Ed allora a nulla varrebbe opporre la considerazione già accolta da [Corte costituzionale n. 147/1994](#), a proposito della rinnovazione delle misure interdittive, circa «l’interesse a non incidere, oltre lo stretto necessario, nello svolgimento delle competenze proprie dell’autorità amministrativa». Appunto, perché il giudice *a quo* ha richiesto a quello costituzionale di modificare l’assetto attuale.

4. Allora, la risposta va rinvenuta sul piano del diritto costituzionale.

Nel suo contenuto generale l'art. 289 c.p.p. è inapplicabile alle vicende di amministratori pubblici condannati perché esso riguarda la diversa ipotesi di imputati ai quali riferire sempre le esigenze cautelari dell'art. 274 c.p.p. (inquinamento delle prove, pericolo di fuga o di commissione di reati). Nella fattispecie considerata dall'art. 8 del d.lgs. n. 235/2012, ci si trova di fronte ad un soggetto già condannato in primo o in secondo grado. L'esigenza cautelare atterrebbe, semmai, all'ente pubblico presso il quale è svolto il mandato elettivo, ma sarebbe di contenuto diverso e relativa più all'immagine verso l'esterno della p.a. che non a soddisfare motivazioni di carattere penale.

Risulta di impossibile fattibilità anche l'estensione dell'art. 317-bis c.p., la previsione cioè che il giudice penale che condanna l'amministratore lo sospenda anche dall'esercizio di funzioni pubbliche eventualmente svolte. E lo stesso sarebbe da dire anche ad assegnare tale competenza ad altri giudici. La soluzione sarebbe paradossale intanto per due motivi, e cioè perché in tale conformazione la misura avrebbe carattere indubbiamente penale e perché essa sarebbe adottata da un giudice il quale prefigura già che la decisione di condanna sarà impugnata. Sta qui la stranezza della proposta additiva del giudice *a quo*: in attesa del gravame, ed a prescindere che esso ci sia, qualcuno dovrebbe per l'istante infliggere al condannato la misura della sospensione dall'ufficio. Non si considera che la natura della decisione discende dalla natura medesima del soggetto che l'adotta e che, pertanto, la sospensione disposta in occasione della condanna assumerebbe carattere e funzione irrimediabilmente sanzionatori.

Il punto è che assegnare ad un giudice la competenza a graduare temporalmente la misura della sospensione stabilita dall'art. 8 del d.lgs. n. 235 comporterebbe inevitabilmente la politicizzazione del decidente, e per questo risulta assolutamente capitale escludere che un giudice possa intervenire sull'organizzazione e sull'attività degli enti pubblici a mezzo della determinazione discrezionale del periodo di sospensione dei loro amministratori. Anche in tal caso il diritto di elettorato passivo del soggetto condannato sarebbe trattato alla stregua di un interesse legittimo, giacché il decidente dovrebbe avere riguardo pure alle esigenze della p.a. e degli interessi pubblici da preservare dall'attività di amministratori giudicati colpevoli di taluni reati: ciò tramuterebbe il giudice in amministratore. Inoltre, sarebbe quasi inevitabile riferirsi alla posizione politica del giudice.

Da tempo si nota che l'ordinamento costituzionale conosce istituti volti a spolicizzare organi e funzioni. E ciò può avvenire anche attraverso la limitazione di alcuni diritti ad una serie di soggetti: si pensi alla possibilità consentita dall'art. 98 Cost. di stabilire con legge limitazioni all'iscrizione in partiti politici per magistrati, militari di carriera, funzionari ed agenti di polizia, rappresentanti diplomatici. Oppure a mezzo della previsione del divieto di rielezione per membri del CSM (art. 104) e giudici costituzionali (art. 135).

Ecco il punto: se un giudice potesse determinare la durata della sospensione cautelare di un amministratore pubblico condannato per taluni reati, sia pure sulla base di indici quali la gravità del reato, l'esistenza di precedenti, la distanza temporale dal fatto, ecc., si finirebbe per consentire al giudice di intervenire sulla struttura di un ente di governo politico locale e si colorerebbe di politicità la sua condotta. Ne verrebbe snaturata la funzione e sarebbe compromessa l'immagine di terzietà ed imparzialità del giudice, che pure ha rilievo sotto il profilo della rappresentazione esterna. L'imparzialità della magistratura si fonda in definitiva sull'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario, che è un valore costituzionale primario. Una cosa, infatti, è condannare un soggetto politico che ha commesso un illecito e far scaturire da ciò l'interdizione dai pubblici uffici e la decadenza da cariche pubbliche, comportando di fatto l'estromissione del medesimo soggetto dalla scena politica; altra cosa è intervenire in via cautelare e quindi per definizione con modalità provvisoria e con durata limitata sulla struttura e sul funzionamento dell'istituzione politica a mezzo della sospensione dei suoi amministratori. Dovrebbe operarsi almeno una qualche considerazione

sugli interessi pubblici perseguiti dalla struttura amministrativa ed una decisione di tal fatta politicizzerebbe l'attività giurisdizionale.

Per questo motivo l'art. 289, u.c., c.p.p. esclude gli uffici elettivi dalla possibile applicazione delle misure interdittive per così dire di diritto comune: la soluzione del codice di rito penale è non solo opportuna nel bilanciamento tra esigenze cautelari penali e diritti di partecipazione politica, ma è appunto di sistema.

La possibilità – ventilata nell'ordinanza di remissione cui ha dato risposta [la sentenza n. 35](#) – che il giudice decida la durata della misura cautelare della sospensione dall'ufficio inflitta all'amministratore colpito da condanna non definitiva finirebbe per danneggiare l'immagine di terzietà del medesimo giudice.

Solo il legislatore può stabilire tale misura e deve farlo per una durata prestabilita e niente affatto individualizzata in considerazione della gravità del reato.

Insomma, la sospensione prevista dall'art. 8 del d.lgs. n. 235 non è affatto necessaria e l'ordinamento costituzionale tollererebbe l'assenza di reazioni a seguito di condanne non definitive. Non a caso i termini ivi indicati (diciotto mesi dopo la sentenza di primo grado e dodici dopo quella di appello) spesso non riescono nemmeno a coprire i tempi dei giudizi di impugnazione e nulla è previsto in caso di annullamento con rinvio disposto dalla Cassazione. Ma se tale sospensione fosse prevista, essa dovrebbe avvenire di diritto ed il legislatore deve fissarne anche i termini in una misura certa e oltretutto ragionevolmente breve.

Si viene qui alla natura di tale sospensione: essa anticipa sì la decadenza, ma non è e non può essere sanzione, ed anche per questo non può essere adottata dal giudice, ma appunto stabilita in maniera fissa.

Invero, la *ratio* dell'art. 8 sembra legata ai tempi dei giudizi di impugnazione. Rispettivamente diciotto e dodici mesi dovrebbero essere più che sufficienti per celebrare il giudizio d'appello e quello di cassazione. I termini non sono ancorati alla gravità del reato commesso in concreto, ma ai tempi medi dei giudizi di impugnazione e/o alla stima che lo stesso legislatore ha fatto su tali tempi ritenendoli del tutto sufficienti.

Allora l'art. 8 del d.lgs. n. 235 è norma acceleratoria dei giudizi che coinvolgono amministratori pubblici giacché è interesse prioritario accertarne presto responsabilità o, al contrario, dichiararne l'innocenza ed in questo caso permettere loro di continuare l'attività politica.

Nei processi in cui sono coinvolti esponenti politici ciò dovrebbe indurre i giudici a rispettare il tempo di redazione della sentenza stabilito dall'art. 544 c.p.p. (quindici giorni), così come a fissare pressoché da subito e svolgere i giudizi di appello e di cassazione. Le libertà politiche sono valori troppo importanti per la democrazia perché per tanto tempo si possa solo convivere con il dubbio che gli amministratori pubblici siano coinvolti in fatti illeciti.

Ma a questo punto si sarebbe individuato per legge un criterio di calendarizzazione (*id est*: di priorità) nella trattazione degli affari penali (e più a monte dell'esercizio dell'azione penale), che è di certo altro tema.

Gian Luigi Gatta
Riforma della giustizia penale:
contesto, obiettivi e linee di fondo della ‘[legge Cartabia](#)’*

ABSTRACT: *The contribution focuses on the recent law no. 134/2021, of delegation to the Government for the reform of the penal system, proposed on the initiative of Minister Marta Cartabia, as part of the achievement of the objectives set in the National Recovery and Resilience Plan (P.N.R.R.). The reform constitutes a fundamental piece of an overall plan for the reorganization of justice aimed at increasing its efficiency and reducing its time. The Author carries out a first reading of the main lines and tools used by the legislator.*

1. Con la pubblicazione della [l. 27 settembre 2021, n. 134](#) (“*Delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*”), arriva ufficialmente in porto la **riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale**. Si tratta, in ordine di tempo, della prima riforma organica in materia di giustizia approvata dal Parlamento, su iniziativa della Ministra **Marta Cartabia**. Una riforma gemella, relativa al processo civile, è stata approvata in prima lettura dal Senato nello scorso mese di settembre ed è ora all’esame della Camera ([d.d.l. A.C. 3289](#) – “*Delega al Governo per l’efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*”).

La **parola chiave** che, sin dal titolo dei disegni di legge, accomuna le due riforme Cartabia – quella penale e quella civile – è **efficienza**: efficienza del processo e, con essa, della giustizia. Le due riforme parallele sono espressione di una stagione politica e di una di pagina della storia della giustizia italiana caratterizzate, come mai prima, da riflessioni e interventi normativi sul tema della qualità e dell’**organizzazione della giustizia**, intesa come fattore fondamentale per la giustizia. Gli interventi riformatori sono infatti mossi dall’esigenza di raggiungere precisi, concreti e ineludibili **obiettivi del P.N.R.R.**, concordati dal Governo con la Commissione Europea: la **riduzione dei tempi del processo entro i prossimi cinque anni**, pari, nei tre gradi di giudizio, al **25% nel settore penale** e al **40% in quello civile**. Dal raggiungimento di questi obiettivi – come a più riprese ha ricordato in un [intervento](#) la Ministra Cartabia – dipendono i fondi europei legati al P.N.R.R., essenziali per la ripresa del Paese. Si tratta, d’altra parte, di obiettivi del tutto coerenti con i principi costituzionali e sovranazionali, che notoriamente includono la ragionevole durata del processo tra i requisiti del giusto processo, o *fair trial* (artt. 111 Cost. e 6 Cedu).

Evidente è il **rapporto tra efficienza e ragionevole durata del processo**: senza l’una, non è raggiungibile l’altra. Evidente è anche la cartina di tornasole dello stato di (in)efficienza della giustizia italiana, rappresentata dai dati statistici che mostrano come i **tempi medi dei processi** siano generalmente **superiori ai termini di ragionevole durata individuati dalla legge Pinto** e di gran lunga **superiori agli standard europei**. Un dato per tutti: nella storia della Corte di Strasburgo (1959-2021), l’Italia vanta l’imbarazzante primato internazionale di **primo Paese per numero di condanne per violazione dell’art. 6 Cedu**, relativamente alla durata dei processi: sono ben 1202; al secondo posto, doppiata, la Turchia, con 608 condanne. Tra i Paesi a noi vicini, anche per tradizione giuridica, e con i quali siamo soliti confrontarci, le condanne della Francia sono 284, quelle della Germania 102, quelle della Spagna 16. Non è dunque difficile comprendere perché mai, in tema di giustizia, l’Unione Europea abbia individuato proprio la riduzione dei tempi della giustizia **come fondamentale obiettivo strategico che il nostro Paese, con il supporto finanziario della stessa U.E., è chiamato a raggiungere** attraverso **riforme strutturali** in grado di rilanciare l’economia, oltre al benessere sociale.

In un circolo virtuoso, le riforme degli assetti normativi sono funzionali a obiettivi previsti da un piano di finanziamento, il **P.N.R.R.**, attraverso il quale ingenti fondi europei entrano nell’economia pubblica italiana anche e proprio per facilitare il raggiungimento degli obiettivi del piano stesso. Il

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista, per g.c. di [Sistema Penale](#)

riferimento, quanto alla giustizia, è ai fondi che consentiranno le assunzioni straordinarie di **16.500 giovani laureati nell'Ufficio per il processo**. Energie e forze intellettuali fresche chiamate in due scaglioni, nei prossimi cinque anni, a comporre l'*equipe* del giudice, con l'obiettivo di **smaltire l'arretrato e ridurre i tempi della giustizia**. Il [primo bando](#), per 8.171 assunzioni con contratto di due anni e sette mesi, si è chiuso a settembre (oltre 66.000 le domande) e i vincitori prenderanno servizio nei diversi distretti italiani all'inizio dell'anno prossimo. A ben vedere, il **decreto-legge 8 giugno 2021, n. 80**, che disciplina le assunzioni straordinarie nell'**ufficio per il processo**, è in ordine di tempo **la prima e non meno importante riforma della giustizia** realizzata dal Governo Draghi. Lo ha pubblicamente in più occasioni sottolineato la Ministra Cartabia. Si tratta di una riforma che rappresenta uno straordinario investimento diretto, anche in questo caso, agli **obiettivi dell'efficienza e della ragionevole durata del processo**. È una **riforma sinergica a quelle del processo penale e del processo civile**. Per toccarne con mano l'impatto basti pensare che, nei prossimi cinque anni, consentirà di inserire nell'organico del personale della giustizia, con funzione ausiliaria del lavoro dei giudici, una quota pari ai **due terzi dell'attuale organico** dello stesso personale. Oltre ai **16.500 law clerk**, laureati in giurisprudenza addetti all'ufficio per il processo, saranno assunte **5.140 unità di personale propriamente tecnico-amministrativo**: tra gli altri, tecnici IT, operatori di *data entry*, analisti di organizzazione, tecnici statistici. Si tratta di **assunzioni a tempo determinato**, entro l'orizzonte temporale del P.N.R.R., perché sono finanziate con fondi europei nell'ambito del piano (a progetto, in altri termini). Nonostante ciò, lo sforzo organizzativo per la costituzione del nuovo ufficio per il processo, che impegna già in questi giorni il Ministero della Giustizia e i diversi uffici giudiziari italiani, è volto a progettare un nuovo modello di organizzazione del lavoro dei giudici destinato a realizzare **una riforma strutturale della giustizia**. Tanto la legge delega di riforma del processo penale (**art. 1, comma 26**), quanto il disegno di legge delega di riforma del processo civile (art. 1, comma 18), prevedono infatti **un'articolata disciplina dell'ufficio per il processo, concepita come struttura organizzativa stabile, non "emergenziale"**, destinata pertanto a operare *anche dopo il raggiungimento degli obiettivi del P.N.R.R.*, dando così un nuovo e rinvigorito volto a una realtà normativamente prevista sin dal 2014 (art. 50 d.l. 90/2014), cui il legislatore ha inteso oggi assegnare **un ruolo centrale nel recupero di efficienza del sistema giustizia**. A tal fine sono previsti ulteriori investimenti: dal 1° gennaio 2023 sarà possibile assumere, questa volta a tempo indeterminato, **1500 unità di personale nell'ufficio per il processo** (la relativa autorizzazione alla spesa è prevista nei due interventi di riforma – penale e civile – per, rispettivamente, 1.000 e 500 unità).

2. La riforma della giustizia penale si ambienta dunque in un più ampio **contesto**, e va letta come un fondamentale tassello di **un complessivo disegno di riorganizzazione della giustizia volto a elevarne il tasso di efficienza e a ridurre i tempi, in linea con gli obiettivi del P.N.R.R.** Un disegno che passa tanto attraverso la *riscrittura delle norme* processuali, quanto attraverso nuovi modelli di organizzazione del lavoro del giudice e degli uffici giudiziari, resi possibili grazie a **investimenti sul personale** e anche sulle strutture; **edilizia e digitalizzazione**, infatti, sono altri due importanti capitoli dedicati alla giustizia nel P.N.R.R. Chi frequenta i palazzi di giustizia sa bene quanto l'ammodernamento delle strutture e l'innovazione tecnologica possano rappresentare fattori decisivi per accelerare i tempi della giustizia. In particolare, la digitalizzazione, nel processo penale, è a uno stadio arretrato rispetto a quanto avviene nel settore civile. Di per sé sola può contribuire notevolmente a ridurre i tempi del processo. Non a caso è uno degli snodi centrali della legge delega di riforma del processo penale.

La chiave di lettura della riforma penale non è però solo quella del P.N.R.R. Come non ha mancato di [notare](#) un acuto osservatore come Francesco Palazzo, il **contesto politico** nel quale la riforma è stata approvata è del tutto peculiare e rappresenta un'altra **fondamentale chiave di lettura**. La maggioranza che sostiene il Governo è tanto ampia quanto eterogenea: riflette visioni del processo e del diritto penale assai diverse. La **legge Cartabia** nasce in Parlamento come **disegno di legge Bonafede**, presentato dall'allora Ministro della Giustizia nel marzo del 2020, in una stagione politica recente ma molto diversa dall'attuale. A quel disegno di legge sono state apportate nel corso dell'*iter*

parlamentare, soprattutto per iniziativa del Governo e della Ministra Cartabia, **numerossime modifiche** – ulteriori a quelle più note in tema di prescrizione del reato –, compreso l'**innesto di interi settori di intervento non originariamente contemplati** (si pensi, emblematicamente, alle previsioni relative al processo in assenza, al sistema sanzionatorio e alla giustizia riparativa). Il risultato finale è molto diverso dall'originario disegno di legge e, in parte, lo è anche rispetto alle proposte di emendamento elaborate dalla **Commissione Lattanzi**, generalmente accolte con favore dalla critica: rappresenta infatti il **punto di caduta di una complessa attività di mediazione tra Governo e forze di maggioranza**, che solo dopo la non facile convergenza su quel punto di caduta hanno approvato la legge, con il voto di fiducia, alla Camera prima e al Senato poi. **Tutti hanno dovuto rinunciare a qualcosa, facendo così prevalere l'interesse comune all'approvazione di una riforma essenziale per il Paese, anche e proprio in considerazione del suo carattere strumentale agli obiettivi del P.N.R.R.** Merito della Ministra Cartabia, del Presidente Draghi e dell'intero Governo è di essere riusciti, all'esito di una complessa mediazione politica, a preservare il **carattere organico e sistematico del complessivo disegno riformatore**, e la sua **idoneità a raggiungere gli obiettivi del P.N.R.R.** Francesco Palazzo ha parlato di un quasi "miracolo". Non va dimenticato infatti che, proprio sulla riforma della giustizia penale e della prescrizione del reato era caduto il precedente Governo. **La giustizia penale è, politicamente, un campo minato.** E la sua riforma è come **una sottile corda che, questa volta, non si è spezzata**, per il bene del Paese. Nel commentare la legge e le sue parti è questo un essenziale dato di contesto che non può essere trascurato.

3. Accecata dall'acceso – a tratti eccessivo – dibattito sulla prescrizione del reato e sulla 'improcedibilità', l'opinione pubblica non si è resa forse ancora conto della **vastità degli interventi di riforma contemplati nella legge delega**; interventi che attraversano **tutto il processo penale**, dalla fase delle indagini al giudizio di legittimità, che si estendono a **istituti chiave del sistema sanzionatorio** e che aprono la strada alla **giustizia riparativa**, con un intervento organico che riprende e sviluppa un cammino iniziato ma non portato a compimento alcuni anni fa con la legge Orlando.

La legge, per effetto di una tecnica parlamentare adottata in caso di voto di fiducia, si compone di due soli articoli, e di numerosi commi, spesso ripartiti in altrettanto numerose lettere. L'**articolo 1** contiene le **deleghe al Governo** per la riforma del processo penale, del sistema sanzionatorio penale e per la disciplina organica della giustizia riparativa. L'**articolo 2** detta invece alcune **disposizioni immediatamente precettive**. Si tratta di alcune disposizioni che apportano modifiche al codice penale e al codice di procedura penale. Le più note sono quelle in tema di prescrizione del reato e di improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini massimi di durata del giudizio di impugnazione. Nello stesso articolo 2 sono inoltre previste alcune disposizioni di accompagnamento/attuazione della riforma nel suo complesso. Tra queste, quelle che prevedono l'istituzione presso il Ministero della Giustizia di due comitati: il *Comitato tecnico-scientifico per il monitoraggio sull'efficienza della giustizia penale, sulla ragionevole durata del procedimento e sulla statistica giudiziaria* (art. 2, comma 16); il *Comitato tecnico-scientifico per la digitalizzazione del processo* (art. 2, comma 20).

L'**orizzonte temporale della riforma** è il seguente: **le deleghe** di cui all'articolo 1 **dovranno essere attuate dal Governo entro un anno** dall'entrata in vigore della legge (19 ottobre 2022), **con uno o più decreti legislativi**. I relativi schemi dovranno essere trasmessi alle competenti commissioni parlamentari, per un parere che dovrà essere reso entro sessanta giorni. Le **disposizioni immediatamente precettive** di cui all'articolo 2, invece, **entreranno in vigore il 19 ottobre 2021**, dopo l'ordinario periodo di *vacatio legis*.

4. La **legge 134/2021**, nel suo **impianto complessivo**, rappresentato dalle disposizioni dell'art. 1, è una **legge delega** (lo testimonia a ben vedere già il titolo). Riforme del processo penale con carattere

di organicità – a partire da quella che nel 1988 ho portato al nuovo codice di procedura penale – rendono normalmente opportuno, per la complessità tecnica, il ricorso allo strumento della delegazione legislativa. L'art. 2 contiene invece alcune disposizioni che, per **volontà politica** – come nel caso della prescrizione del reato e dell'improcedibilità – o per **ragioni tecniche**, sono state formulate come immediatamente precettive.

Di seguito passeremo in rassegna i contenuti della riforma. Lo faremo senza la pretesa di abbozzare un primo commento e con l'intento di fornire al lettore **una prima guida di lettura, a mo' di indice**. La vastità e la complessità degli interventi rendono infatti non inutile una mappa della riforma. Approfondimenti e commenti troveranno naturalmente spazio più avanti ** con l'auspicio che possano rappresentare anche utili contributi di riflessione in vista dell'attuazione della legge delega. Un primo commento, che copre larga parte degli interventi in essa contenuti, è d'altra parte rappresentato dalla [Relazione finale dei lavori della Commissione Lattanzi](#), alla quale rinviamo.

5. A dispetto del clamore suscitato dagli interventi in tema di prescrizione del reato e di improcedibilità, il cuore della riforma è rappresentato dai **criteri di delega contenuti nell'art. 1**. Con essi il Parlamento ha delegato il Governo a realizzare una vasta riforma che ha ad oggetto **tre ambiti tematici**:

- **il processo penale (art. 1, commi 5-13, 24-26)**
- **il sistema sanzionatorio (art. 1, commi 14-17, 21-23)**
- **la giustizia riparativa (art. 1, commi 18-20)**

Il **filo rosso** che attraversa tutti gli interventi è rappresentato dalla **riduzione dei tempi della giustizia**; un obiettivo che la riforma persegue non solo incidendo sulle norme del **processo penale**, ma anche con interventi sul **sistema penale** – come quelli relativi alla non punibilità per particolare tenuità del fatto, alla sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, e alle sanzioni (*rectius*, pene) sostitutive delle pene detentive brevi – capaci di produrre significativi effetti di **deflazione processuale**. Anche le previsioni in tema di **giustizia riparativa** condividono la medesima finalità, che accomuna anche le disposizioni civilistiche in tema di **mediazione e modalità alternative di soluzione dei conflitti**, oggetto del parallelo disegno di legge di riforma del processo civile.

Ridurre i tempi del processo penale, senza rinunciare a fondamentali garanzie, e alleggerirne il carico individuando possibili alternative al processo e alla pena carceraria. Queste, in estrema sintesi, le macro-direttrici di fondo dell'articolata riforma.

5.1. Processo penale.

A) Digitalizzazione e processo penale telematico (art. 1, comma 5)

Un primo gruppo di interventi mira a realizzare una **transizione digitale e telematica del processo penale**, che promette una **notevole riduzione dei tempi**. Nell'era di internet il processo penale, pur nel rispetto di fondamentali garanzie costituzionali, non può essere insensibile all'**innovazione tecnologica** che, ormai, riguarda ogni settore dell'attività umana e ogni servizio pubblico, quale è – non si dimentichi – anche la giustizia.

Una delle cause della **lentezza del processo penale** va individuata nello scarso livello di **digitalizzazione degli atti** e di **informatizzazione delle procedure**. I procedimenti penali prendono corpo ancora oggi in fascicoli cartacei, che devono fisicamente transitare da un ufficio all'altro, durante l'*iter* processuale. Emblematica la foto di un motoscafo carico di fascicoli, consegnata alla Ministra Cartabia dai vertici degli uffici giudiziari durante una recente visita a Venezia. Se i fascicoli

** Si rinvia in particolare alla Rivista [Sistema Penale](#).

fossero digitalizzati, si potrebbero trasmettere per via telematica con un clic. Lo stesso potrebbe farsi, ad esempio, per la trasmissione dei fascicoli dal tribunale alla Corte d'appello o dalla Corte d'appello alla Corte di cassazione. I dati sui **tempi di trasmissione dei fascicoli** sono poco noti quanto inquietanti. Chi, come a Palermo, si è preso cura di monitorarli, peraltro in un distretto con tempi medi di celebrazione dell'appello penale di molto inferiori alla media nazionale, ha rilevato che, nel 2020, in media il tempo di trasmissione di un fascicolo dal tribunale alla corte d'appello è stato di ben 236 giorni: 8 mesi.

Semplificare le procedure, attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione degli uffici, consente di ridurre i tempi della giustizia. Anche e soprattutto questo significa innovare e ammodernare la giustizia penale, oggi. Per farlo sono essenziali **investimenti** – oggi possibili, come si è detto, anche grazie al P.N.R.R. –, **mezzi** (nuova dotazione tecnologica e infrastrutturale degli uffici, in vista della quale è in corso presso il Ministero la riorganizzazione della competente direzione) e **personale tecnico** qualificato e adeguatamente formato (che sarà assunto anche nell'ambito dell'ufficio per il processo). Occorre **una strategia complessiva**, sul piano organizzativo, che la riforma – con disposizioni che entreranno subito in vigore – affida sin d'ora a un **piano triennale per la transizione digitale dell'amministrazione della giustizia** (art. 2, commi 18-19) e a un **Comitato tecnico-scientifico per la digitalizzazione del processo** (art. 2, comma 20).

Naturalmente, la transizione digitale della giustizia penale richiede **interventi normativi di adeguamento del codice di rito**, che la legge delega affida al Governo individuando una serie di principi e criteri direttivi (art. 1, comma 5). Questi prevedono la **formazione e conservazione degli atti e documenti processuali in formato digitale**, nonché **modalità telematiche per il deposito di atti e documenti**, per le **comunicazioni** e per le **notificazioni**, in ogni stato e grado del procedimento. L'attuazione della delega legislativa dovrà tenere conto, tra l'altro, delle esigenze di gradualità nell'entrata in vigore, anche in rapporto alla formazione del personale, nonché di aspetti particolarmente rilevanti quali le garanzie relative alla certezza del deposito e della notifica degli atti, alla segretezza degli stessi, e al possibile malfunzionamento dei sistemi informatici.

B) Notificazioni (art. 1, comma 6)

Un secondo ambito di intervento, ispirato da una logica di innovazione tecnologica, riguarda le notificazioni. L'esperienza insegna come si tratti di adempimenti tanto importanti per l'effettiva conoscenza degli atti del processo, quanto spesso macchinosi e causa di **notevole dispendio di tempo**. Anche in questo caso gli interventi normativi, che il Governo è delegato a realizzare, sono accompagnati da misure organizzative già adottate: dal 1° gennaio 2021 saranno in servizio 8.171 assistenti dei giudici, addetti all'ufficio per il processo, tra i cui compiti è previsto dall'allegato II del d.l. n. 80/2021 anche e proprio il controllo della regolarità delle notifiche.

L'ammodernamento della disciplina delle notificazioni segue due direttrici, che il Governo dovrà seguire nell'attuare la legge delega.

In un'epoca in cui non vi è quasi persona che sia priva di un telefono cellulare, capace di ricevere anche email, si prevede **l'obbligo per l'imputato non detenuto, fin dal primo contatto con l'autorità procedente, di indicare anche i recapiti telefonici e telematici di cui ha la disponibilità**. Si prevede altresì che lo stesso abbia la facoltà di dichiarare **domicilio ai fini delle notificazioni** anche presso un proprio idoneo **recapito telematico**.

Si prevede poi che tutte le **notifiche all'imputato non detenuto, successive alla prima**, diverse da quella con cui è stato citato a giudizio, siano di norma eseguite **mediante consegna al difensore, anche attraverso posta elettronica certificata**.

C) RegISTRAZIONI audiovisive e processo da remoto (art. 1, comma 8)

Un terzo ambito di interventi, ispirato da esigenze di innovazione tecnologica, mira a **valorizzare**

le video e audio registrazioni nel procedimento penale, nonché, facendo esperienza del diritto dell'emergenza pandemica, la **partecipazione a distanza agli atti del procedimento o all'udienza**. Valori cardine del processo penale, come l'oralità e l'immediatezza, possono essere preservati da video o audio registrazioni che, unitamente alla partecipazione ad atti del procedimento a distanza, possono inoltre assicurare **un notevole risparmio sui tempi**. Un esempio per tutti: anziché rinviare l'udienza per l'esame di un testimone, residente a centinaia di chilometri dal tribunale, si potrebbe assumere quella testimonianza da remoto. Oppure, anziché esaminare a distanza di anni un teste, autorizzandolo a leggere il verbale delle s.i.t., già in atti, si potrebbero in modo ben più efficace ascoltare o vedere le registrazioni realizzate all'epoca. Anche in questo caso con notevole risparmio di tempo.

Oltre all'adeguamento delle infrastrutture degli uffici giudiziari, è necessario un intervento normativo affidato dalla legge al Governo sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi: prevedere la **registrazione audiovisiva come forma ulteriore di documentazione dell'interrogatorio che non si svolga in udienza e della prova dichiarativa, salva la contingente indisponibilità degli strumenti necessari o degli ausiliari tecnici**; prevedere i casi in cui debba essere prevista almeno l'**audioregistrazione dell'assunzione di informazioni delle persone informate sui fatti**, senza obbligo di trascrizione; individuare i **casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza**.

D) Indagini preliminari (art. 1, comma 9)

I criteri di delega relativi alla fase delle indagini perseguono **due obiettivi: ridurre i tempi delle indagini** incidendo sui **termini di durata** e introducendo **rimedi giurisdizionali alla eventuale stasi del procedimento**, determinata dall'inerzia del p.m.; **filtrare maggiormente i procedimenti meritevoli di essere portati all'attenzione del giudice**, esercitando l'azione penale.

Una serie di criteri di delega (*art. 1, comma 9, lett. c-h*) riguarda la disciplina dei **termini di durata delle indagini preliminari**, oggetto di una rimodulazione. I **termini ordinari di cui all'art. 405 c.p.p.** restano immutati per i procedimenti relativi alle contravvenzioni (sei mesi), mentre vengono aumentati in relazione ai delitti: il termine attuale di sei mesi diventa di un anno; il più lungo termine di un anno e mezzo, relativo ai delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett a), c.p.p., viene esteso a tutte le ipotesi di cui all'art. 407, comma 2, c.p.p. Per converso, diventa **più stringente la disciplina della proroga dei termini** stessi, che oggi può essere disposta per giusta causa, in sede di prima proroga, e in considerazione della complessità del procedimento, in relazione alle successive proroghe. Il Governo è delegato infatti a prevedere **una sola proroga, disposta dal g.i.p. su richiesta del p.m., per un tempo non superiore a sei mesi, quando sia giustificata dalla complessità delle indagini**. Quanto ai **termini massimi di durata delle indagini**, quelli relativi ai procedimenti per le contravvenzioni vengono ridotti da diciotto mesi a un anno.

La novità di maggior rilievo è però rappresentata da **un inedito meccanismo previsto per rimediare alla eventuale stasi del procedimento, determinata dall'inerzia del p.m.**, che dopo lo scadere del termine di durata delle indagini, eventualmente prorogato, non assuma le determinazioni relative all'esercizio o meno dell'azione penale. Si prevede, in questo caso, **un intervento del g.i.p. volto a rimediare alla stasi del procedimento**, inducendo il p.m. a esercitare l'azione penale o a chiedere l'archiviazione. Intervento preceduto, di norma, da **una discovery degli atti d'indagine a favore dell'indagato e della persona offesa** che abbia dichiarato di voler essere informata. Analogo meccanismo è previsto in caso di stasi del procedimento successiva alla notificazione dell'avviso *ex art. 415 bis c.p.p.* La scelta del legislatore è dunque di aprire **una finestra di giurisdizione all'esito dei termini massimi di durata delle indagini**, volta a evitare che i procedimenti penali restino sugli scaffali delle procure anziché prendere le strade, alternative, dell'archiviazione o della fase processuale celebrata davanti al giudice. È una scelta diversa rispetto a quella, compiuta nel recente passato e, a quanto pare, fallita nella prassi, di attribuire al Procuratore Generale il potere di avocare il procedimento. Ed è una strada che, oltre a promettere di **stappare l'iniziale collo di bottiglia del**

procedimento penale, rappresentato dalle indagini preliminari, offre all'indagato maggiori garanzie di non restare tale per tempo indefinito, senza altra sanzione diversa dall'inutilizzabilità degli elementi acquisiti dopo la scadenza del termine per le indagini preliminari. Il mancato rispetto dei termini massimi di durata delle indagini obbligherà il p.m., grazie all'intervento del giudice, a decidere in un senso o nell'altro, consentendo all'indagato e alla persona offesa di conoscere gli atti d'indagine e di esercitare la propria difesa.

Ulteriori connesse garanzie riguardano la disciplina dei registri delle notizie di reato. Si prevede che il g.i.p. possa ordinare l'**iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.**, quando il reato è da attribuire a persona individuata e il p.m. ancora non vi abbia provveduto. Ancora, si introduce un **controllo del g.i.p. sulla tempestività dell'iscrizione** nel registro degli indagati, che determina il *dies a quo* dei termini di durata delle indagini, con correlato potere di **retrodatazione in caso di "ingiustificato e inequivocabile ritardo" nell'iscrizione**. Si prevede infine, a garanzia dell'indagato e in ossequio al principio di non colpevolezza, che la mera iscrizione nel registro delle notizie di reato non possa determinare **effetti pregiudizievoli sul piano civile e amministrativo**. Criteri più stringenti, infine, dovranno essere introdotti per la **riapertura delle indagini** di cui all'art. 414 c.p.p.

Di particolare rilievo sistematico è poi il criterio di delega (*art. 1, comma 9, lett. a*) che prevede la modifica della **regola di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione**: il p.m. deve chiedere l'archiviazione **"quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna"**. Questa regola si sostituirà a quella attuale (artt. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p.), che fa invece perno sulla inidoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio. La prospettiva rimane prognostica ma valorizza il momento diagnostico: **il p.m. deve portare l'indagato davanti al giudice non per cercare la prova o corroborare gli elementi acquisiti, bensì solo se ritiene che ragionevolmente, sulla base degli elementi già acquisiti – allo stato degli atti, come nel giudizio abbreviato –, il giudice pronunciarebbe una sentenza di condanna**. La *ratio* della riforma è qui di **rendere più rigoroso il filtro all'esito delle indagini preliminari**, per evitare che procedimenti male istruiti o poco istruiti in fase d'indagine possano essere avviati alla fase processuale, con inutile dispendio di tempo ed energie e, naturalmente, con danni per le persone sottoposte ad indagini, che sopportano "la pena del processo". L'**elevata percentuale delle assoluzioni in primo grado è una spia di inefficienza del sistema** che il legislatore ha tenuto in considerazione, cercando di porvi un rimedio.

Un'importante previsione (*art. 1, comma 9, lett. i*), destinata a incidere sull'organizzazione del lavoro delle procure, riguarda infine i **criteri di priorità nella trattazione delle indagini**. Il Governo è delegato a disciplinare la materia – particolarmente delicata in un sistema, come quello italiano, improntato al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale – prevedendo che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, **nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza** rispetto alle altre. Ciò tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili. La procedura di approvazione dei **progetti organizzativi delle procure** viene allineata a quella delle tabelle degli uffici giudicanti, prevedendo quindi un intervento del CSM.

E) Controllo giurisdizionale della legittimità della perquisizione (*art. 1, comma 24*)

Si delega il Governo a colmare una lacuna introducendo **un nuovo rimedio giurisdizionale**: la persona sottoposta ad indagini e i soggetti interessati avranno diritto di proporre **opposizione** innanzi al g.i.p. **avverso il decreto di perquisizione cui non consegua un provvedimento di sequestro**. Come si legge nella Relazione della Commissione Lattanzi, "la modifica è volta a colmare un vuoto di tutela dell'ordinamento processuale penale italiano messo in luce dalla Corte di Strasburgo ([Corte edu, sez. I, 27 settembre 2018, Brazzi c. Italia](#)), la quale ha ritenuto l'Italia responsabile per aver violato l'art. 8, par. 2 CEDU, in una fattispecie in cui il ricorrente si era lamentato di non aver potuto

beneficiare di alcun controllo giurisdizionale preventivo o a posteriori nei confronti di una perquisizione disposta in indagini a seguito della quale non era stato sequestrato alcun bene”.

F) Udienza preliminare (*art. 1, comma 9, lett. l-o*)

Il legislatore ha preso atto della criticità dell'udienza preliminare nel sistema processuale, testimoniato, come si legge nella relazione della Commissione Lattanzi, dalla sua scarsa capacità di filtro e dalla sua incidenza negativa su tempi complessivi del processo, rispetto ai quali ha assunto impropriamente il ruolo di un ulteriore grado di giudizio. Si legge nella Relazione della Commissione Lattanzi: “nonostante i plurimi interventi di modifica, dopo trent'anni i dati statistici sono impietosi e dimostrano che, **nei casi in cui l'udienza preliminare si conclude con un rinvio a giudizio (ossia nel 63% dei casi), essa genera un aumento di durata del processo di primo grado di circa 400 giorni. Complessivamente, l'udienza preliminare filtra poco più del 10% delle imputazioni per i processi nei quali è prevista** e non incide peraltro in modo significativo sul tasso dei proscioglimenti in dibattimento. Va segnalato che, anche in Inghilterra, dove è nata come sbarramento delle imputazioni azzardate del privato, essa è stata trasformata in contraddittorio cartolare e infine abbandonata, in favore di un filtro, a richiesta, davanti allo stesso giudice del *trial*”.

Il legislatore non ha compiuto la radicale scelta di abolire l'udienza preliminare; ha invece puntato a rivalorizzarla per un più ristretto numero di reati in una duplice direzione: limitandone l'ambito e a rendendone più stringente la regola di giudizio.

Nella *prima direzione*, si delega il Governo ad estendere **il catalogo dei procedimenti con citazione diretta davanti al tribunale in composizione monocratica**, individuandoli tra quelli per delitti puniti con pena della reclusione non superiore nel massimo a **sei anni** (anziché gli attuali quattro anni) anche se congiunta alla multa, che non presentino (in astratto) rilevanti **difficoltà di accertamento**. L'ampliamento dell'area dei reati con citazione diretta corrisponde a una speculare riduzione dell'area dell'udienza preliminare.

Nella *seconda direzione*, poi, si modifica la **regola di giudizio**, in modo corrispondente a quanto si è previsto in tema di archiviazione, prevedendo che il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentono una **ragionevole previsione di condanna**.

Un ulteriore rilevante innovativa previsione, che promette di ridurre i tempi del dibattimento, è infine quella secondo cui, nei processi con udienza preliminare l'eventuale **costituzione di parte civile** debba avvenire a pena di decadenza, per le imputazioni contestate, entro il compimento degli accertamenti relativi alla regolare costituzione delle parti e non possa pertanto essere riproposta in dibattimento.

G) Procedimenti speciali (*art. 1, comma 10*)

Le deleghe in materia di riti speciali mirano a **incentivarne il ricorso** in funzione deflativa, **al fine di ridurre il numero e la durata dei procedimenti celebrati con rito ordinario**.

1) Patteggiamento. Si delega il Governo a prevedere: in caso di patteggiamento allargato (pena detentiva da applicare superiore a due anni), che l'accordo tra imputato e pubblico ministero possa estendersi alle **pene accessorie** e alla loro **durata**; in ogni caso di patteggiamento (ordinario e allargato), che l'accordo stesso possa estendersi alla **confisca facoltativa** e alla determinazione del suo **oggetto** e **ammontare**. Si delega inoltre il Governo a ridurre gli **effetti extra-penali** della sentenza di patteggiamento, prevedendo anche che non possa avere efficacia di giudicato nel giudizio disciplinare e in altri casi.

2) Giudizio abbreviato: si delega il Governo a modificare le condizioni per l'accoglimento della richiesta di giudizio abbreviato subordinata a un'integrazione probatoria (c.d. **abbreviato condizionato**), prevedendone l'ammissibilità solo **se l'integrazione risulta necessaria ai fini della**

decisione e se il procedimento speciale produce un'**economia processuale** in rapporto ai tempi di svolgimento del giudizio dibattimentale. Evidente la preoccupazione di rendere l'abbreviato un giudizio realmente "abbreviato". Si prevede inoltre, per disincentivare le impugnazioni e l'instaurazione di un nuovo giudizio di appello o di legittimità, che la **pena inflitta sia ulteriormente ridotta di un sesto** nel caso di **mancata proposizione di impugnazione da parte dell'imputato**, stabilendo che la riduzione di pena sia disposta dal giudice dell'esecuzione.

3) **Giudizio immediato e procedimento per decreto**: oltre a talune disposizioni in tema di giudizio immediato, di coordinamento con il giudizio abbreviato e il patteggiamento, si segnalano per il particolare rilievo gli interventi in tema di **procedimento per decreto**: un rito speciale la cui valorizzazione promette significativi effetti di deflazione processuale. Tra le principali novità si segnalano: la previsione che, **al fine dell'estinzione del reato**, sia **necessario il pagamento della pena pecuniaria**; il pagamento della **pena pecuniaria in misura ridotta di un quinto in caso di mancata opposizione al decreto penale** (si mira così disincentivare il giudizio conseguente all'opposizione, con risparmio di tempi ed effetto di deflazione processuale). L'ambito di applicazione del decreto penale di condanna viene poi ampliato per effetto delle disposizioni di cui all'art. 1, comma 17, in tema di pene sostitutive delle pene detentive brevi. Come si dirà, si prevede infatti che con decreto penale di condanna la **pena detentiva fino a un anno** possa essere sostituita con la **pena pecuniaria** (il limite di pena detentiva è raddoppiato rispetto all'attuale, di **sei mesi**) e che la **pena detentiva fino a tre anni** possa essere sostituita con il **lavoro di pubblica utilità**. L'area del decreto penale di condanna risulta pertanto notevolmente ampliata, facendo ragionevolmente prevedere una significativa riduzione dei procedimenti ordinari e dei relativi tempi di definizione.

H) Giudizio (art. 1, comma 7, comma 10, lett. e-f, comma 11)

1) **Processo in assenza (art. 1, comma 7)**. Le deleghe legislative mirano a completare l'adeguamento della disciplina al diritto UE (Direttiva n. 2016/343). La finalità è duplice: aumentare le garanzie della effettiva partecipazione al processo (o della consapevole assenza) e **rendere più efficiente e spedita la giustizia penale, evitando la celebrazione di inutili e dispendiosi processi**, vanificati dalle sanzioni processuali per la mancata effettiva conoscenza del procedimento a carico dell'imputato. Si può procedere in assenza dell'imputato solo quando si ha la certezza che la mancata partecipazione al processo è volontaria. Si prevede che quando non si ha quella certezza il giudice pronunci **sentenza inappellabile di non doversi procedere** e che si dia corso alle ricerche dell'imputato. Se questi viene **rintracciato**, la sentenza di non luogo a procedere viene revocata e il giudice fissa una nuova udienza per la **prosecuzione del processo**. Il tempo trascorso per le ricerche dell'imputato assente non rileva ai fini della prescrizione del reato.

Un'altra delega riguarda poi le **impugnazioni**: il difensore dell'imputato assente potrà impugnare la sentenza solo se munito di **specifico mandato** rilasciato dopo la pronuncia della sentenza. Si assicura così la certezza della conoscenza della sentenza da parte dell'imputato e si evitano inutili processi, destinati alla rescissione del giudicato quando si accerti che in realtà l'imputato non era a conoscenza della sentenza emessa nei suoi confronti. Da notare, in termini di riduzione del numero dei procedimenti pendenti e di raggiungimento degli obiettivi di riduzione dei tempi medi dei processi, che la **sentenza di non doversi procedere**, prodromica alle ricerche dell'imputato, **determina la cessazione della pendenza del procedimento**. Essa restituisce pertanto al processo una dimensione di tempo effettivo, che non altera i dati statistici sui tempi medi di definizione dei processi.

2) **Ulteriori disposizioni** sono relative alla disciplina delle **nuove contestazioni** (coordinamento con la disciplina dei riti speciali) e al c.d. **processo consecutivo**: quando non è possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza, dopo la lettura dell'ordinanza di ammissione delle prove il giudice comunica alle parti il calendario **delle udienze** per l'istruzione dibattimentale e per lo svolgimento della discussione. Evidente la finalità di **razionalizzazione dei tempi del processo**, con effetti

positivi sul valore dell'immediatezza. Finalità di **riduzione dei tempi del dibattimento** sono altresì perseguite dalla legge delega nel prevedere che le parti possano **illustrare le richieste di prova nei limiti strettamente necessari alla verifica dell'ammissibilità** delle prove ai sensi dell'art. 190 c.p.p. Un ulteriore criterio di delega riguarda infine l'esame di consulenti tecnici e periti e il deposito delle consulenze tecniche e della perizia.

3) Mutamento del giudice e riassunzione della prova (*art. 1, comma 11, lett d*). Per limitare i casi in cui deve ripetersi la celebrazione del dibattimento, in caso di mutamento del giudice o di un componente del collegio (ad es., per pensionamento, trasferimento o altra causa), si delega il Governo a prevedere che, quando la **prova dichiarativa** è stata **verbalizzata tramite la videoregistrazione**, nel dibattimento davanti al giudice diverso o al collegio diversamente composto, nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni saranno utilizzate, il giudice disponga la **riassunzione della prova solo quando** lo ritenga **necessario sulla base di specifiche esigenze**. Al di fuori di tale ipotesi – rispetto alla quale il legislatore, mirando all'**efficienza del processo penale**, recepisce un monito della **Corte costituzionale (sent. n. 132/2019)** – la regola generale (in continuità con le **S.U. Bajrami del 2019**) è che, in caso di mutamento del giudice o del collegio si disponga, a richiesta di parte, la riassunzione della prova.

4) Giudizio monocratico e udienza predibattimentale (*art. 1, comma 12*). Una rilevante novità è rappresentata dalla delega al Governo per introdurre, nei procedimenti a citazione diretta (il cui ambito, come si ricorda, viene ampliato a discapito dell'udienza preliminare), un'inedita **udienza predibattimentale** in camera di consiglio, innanzi a un giudice diverso da quello davanti al quale, eventualmente, dovrà celebrarsi il dibattimento; la regola di giudizio per proseguire il processo, anziché pronunciare sentenza di non luogo a procedere, è sempre quella della **ragionevole previsione di condanna**, sulla base degli elementi acquisiti dal p.m. L'udienza predibattimentale mira a introdurre **un filtro all'interno del medesimo ufficio giudicante** – realizzato da magistrati che lavorano nello stesso ufficio, condividendo i complessivi carichi di lavoro – scommettendo sulla maggiore efficacia rispetto all'udienza preliminare, affidata a un giudice appartenente a un ufficio diverso da quello chiamato trattare il procedimento, in caso di rinvio a giudizio. Se l'udienza preliminare si è spesso rilevata "un luogo per il passaggio delle carte", altrettanto si confida che non si dirà dell'udienza filtro predibattimentale che, al pari dell'udienza preliminare, è inoltre concepita come sede per l'eventuale richiesta di riti alternativi.

I) Impugnazioni (*art. 1, comma 13, lett. a-b*)

1) Notificazione e deposito. Per razionalizzare le procedure in materia di notifiche, con riduzione dei tempi per gli adempimenti connessi, si delega il Governo a prevedere, **a pena di inammissibilità**, che **con l'atto di impugnazione** sia depositata la **dichiarazione o elezione di domicilio ai fini della notificazione dell'atto introduttivo del procedimento**. Si prevede inoltre il coordinamento della disciplina del deposito degli atti di impugnazione con quella generale in tema di deposito degli atti che, come si è detto, fa leva sulla digitalizzazione su modalità telematiche, con evidente risparmio di tempo.

2) Appello (*art. 1, comma 13, lett. c-l*)

Gli interventi in tema di appello – vero e proprio **collo di bottiglia del processo penale**, come mostrano le statistiche su tempi medi di definizione dei processi penali nei diversi gradi di giudizio – mirano a **ridurre il novero delle sentenze appellabili**, ad **ampliare le ipotesi di inammissibilità dell'appello**, a **semplificare il procedimento**, e a **ridurre le ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale**. Il tutto in vista di una **riduzione dei tempi** e di una **maggiore efficienza** del giudizio, anche in funzione della prevista improcedibilità dell'azione per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione (v. *infra*).

I previsti **casì di inappellabilità** riguardano: a) le sentenze di proscioglimento e di non luogo a procedere relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa; b) le sentenze di condanna a pena sostituita con il lavoro di pubblica utilità.

L'**inammissibilità dell'appello**, recependo il diritto vivente (S.U. Galtelli, 2017), è prevista in caso di mancanza di specificità dei motivi quando nell'atto manchi la **puntuale ed esplicita enunciazione dei rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto di diritto espresse nel provvedimento impugnato**. Valorizzando il diritto vivente, il legislatore mira a **una maggiore efficienza del giudizio d'appello sin dalla struttura dell'atto di impugnazione**, anche per facilitare il lavoro del giudice ed evitare che l'**omessa considerazione di un motivo d'appello "nascosto" nelle pagine di un lungo e articolato atto d'appello possa comportare l'annullamento della sentenza** da parte della Cassazione e la nuova celebrazione del giudizio, con dispendio di tempo, risorse ed energie.

Un ulteriore e rilevante criterio di delega, finalizzato a **ridurre i tempi di celebrazione dell'appello** – un giudizio che, in Italia, dura mediamente più che in ogni altro paese del Consiglio d'Europa – ne prevede la celebrazione con **rito camerale non partecipato**, salvo che la parte appellante o, in ogni caso, l'imputato o il suo difensore richiedano di partecipare all'udienza.

Sempre per ridurre i tempi dell'appello, si delega il Governo a eliminare le **preclusioni al concordato sui motivi** previste dall'art. 599 *bis*, comma 2, c.p.p. per taluni reati, analogamente a quanto avviene, per gli stessi, rispetto al patteggiamento allargato. La logica dell'intervento legislativo sta in ciò, che il concordato in appello serve a **semplificare il giudizio d'appello rendendolo più spedito**. Il Parlamento ha recepito la proposta della Commissione Lattanzi di abolire le preclusioni al concordato in appello sul rilievo che quelle preclusioni, previste per il patteggiamento allargato, "non si giustificano rispetto a un istituto che ha la sola funzione di consentire alle parti di indicare al giudice i motivi di gravame su cui vi è accordo, per consentire di concentrare maggiormente il vaglio del giudice sui profili realmente controversi" (così la Relazione della Commissione).

Con riferimento infine all'**appello contro una sentenza di proscioglimento**, presentato per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, vengono introdotti **limiti alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale** *ex art. 603, comma 3 bis, c.p.p.*

3) Giudizio di legittimità (*art. 1, comma 13, lett. m-n*)

Per ridurre i tempi del giudizio di legittimità, si delega il Governo a prevedere che la trattazione dei ricorsi davanti alla Corte di cassazione avvenga di norma con **contraddittorio scritto senza l'intervento dei difensori, salva**, nei casi non contemplati dall'art. 611 c.p.p., la **richiesta delle parti di discussione orale in pubblica udienza o in camera di consiglio partecipata**. Si prevede che la Corte possa disporre la trattazione con discussione orale anche senza una richiesta delle parti e che, ove intenda dare al fatto una diversa qualificazione giuridica, debba preventivamente instaurare il contraddittorio nelle forme previste per la celebrazione dell'udienza.

Per evitare la celebrazione di inutili processi, nei quali solo dopo due gradi di giudizio viene riconosciuto dalla Cassazione il difetto di competenza per territorio, con annullamento della sentenza e regressione del procedimento, si delega infine il Governo a prevedere **una nuova competenza della Corte di Cassazione**. Il legislatore delegato dovrà inserire nel codice di rito un **meccanismo incidentale di rinvio alla Corte per definire questioni sulla competenza per territorio**. Il giudice chiamato a decidere sulla relativa questione può, anche d'ufficio, rimettere la questione alla S.C., che provvede in camera di consiglio. La parte che non propone la rimessione della questione alla Cassazione non può riproporre la questione stessa nel corso del procedimento.

4) Ricorso straordinario alla Cassazione per dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU (*art. 1, comma 13, lett. o*).

Si delega il Governo a introdurre un nuovo mezzo di impugnazione straordinario **davanti alla Corte di cassazione** al fine di **dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso**, entro un termine perentorio. Il nuovo mezzo di impugnazione dovrà essere coordinato con il rimedio della rescissione

del giudicato e con l'incidente di esecuzione di cui all'art. 670 c.p.p.

L) Diritto all'oblio: deindicizzazione in caso di archiviazione, non luogo a procedere e assoluzione (art. 1, comma 25).

Si delega il Governo a prevedere che il decreto di **archiviazione** e la sentenza di **non luogo a procedere** o di **assoluzione** costituiscano titolo per l'emissione di un **provvedimento di deindicizzazione** che, nel rispetto della normativa dell'U.E. in materia di dati personali, garantisca in modo effettivo il diritto all'oblio degli indagati o imputati. La previsione, non contemplata nell'originario d.d.l. e negli emendamenti governativi, è frutto di un emendamento parlamentare cui il Governo ha dato parere favorevole.

5.2. Sistema sanzionatorio

M) Confisca (art. 1, comma 14)

Si prevede che l'esecuzione della **confisca per equivalente, non avente ad oggetto beni immobili o mobili già sottoposti a sequestro**, avvenga con le **modalità di esecuzione delle pene pecuniarie** e che la **vendita dei beni confiscati** a qualsiasi titolo nel processo penale avvenga con le **forme di cui agli artt. 534 bis e 591 bis c.p.p.** Si prevede inoltre, con un ulteriore criterio di delega, che l'**amministrazione dei beni sottoposti a sequestro e confisca** sia disciplinata in conformità all'**art. 104 bis disp. att. c.p.p.**

N) Querela (art. 1, comma 15)

Per valorizzare forme alternative di definizione del procedimento, incentrate su condotte riparatorie, con effetti di economia processuale, si delega il Governo ad **ampliare il novero dei reati procedibili a querela** includendovi: **le lesioni personali stradali gravi o gravissime**, nell'ipotesi di cui all'**art. 590 bis, comma 1, c.p.**, nonché per **ulteriori specifici reati**, da individuarsi in sede di attuazione tra quelli **contro la persona o contro il patrimonio** puniti con **pena non superiore nel minimo a 2 anni** (da determinarsi senza tener conto delle circostanze). È fatta salva la **procedibilità d'ufficio quando la persona offesa sia incapace per età o per infermità**.

Sempre in tema di querela, due criteri di delega, di natura processuale, prevedono rispettivamente: che con l'atto di querela debba essere dichiarato o eletto domicilio, eventualmente telematico, per le notificazioni; che l'**ingiustificata mancata comparizione del querelante citato come testimone equivalga a remissione tacita della querela**.

O) Pene pecuniarie (art. 1, comma 16)

Al fine di restituire effettività alla pena pecuniaria – oggi eseguita, riscossa e convertita in percentuali medie bassissime – il Governo è delegato a: **razionalizzare e semplificare il procedimento di esecuzione**; rivedere, secondo criteri di equità, efficienza ed effettività, i **meccanismi di conversione** della pena pecuniaria **in caso di mancato pagamento per insolvenza o insolvibilità** del condannato; prevedere **procedure amministrative efficaci, che assicurino l'effettiva riscossione** della pena pecuniaria e la sua **conversione** i caso di mancato pagamento. Restituire effettività alla pena pecuniaria è funzionale non solo a **valorizzare la più tradizionale alternativa alla pena detentiva**, ma anche: *a) il procedimento per decreto* (si è detto, infatti, che il legislatore ha previsto di subordinare l'effetto estintivo correlato al decreto penale all'*effettivo*

pagamento della pena pecuniaria); b) la **pena pecuniaria sostitutiva** della pena detentiva fino a un anno (applicabile anche con il decreto penale di condanna).

P) Pene sostitutive delle pene detentive brevi (art. 1, comma 17)

Uno dei più rilevanti interventi organici di riforma del sistema penale, nell'ambito della legge delega, è rappresentato dalla **modifica della disciplina delle pene sostitutive delle pene detentive brevi**. Il Governo è infatti delegato, in materia, a **una complessiva revisione della disciplina della legge n. 689/1981**, esattamente quaranta anni dopo la sua approvazione. L'obiettivo è quello di introdurre nel sistema **pene alternative al carcere**, *sub specie* di pene sostitutive delle pene detentive di breve durata.

La revisione della disciplina prevede anzitutto la **modifica del catalogo delle pene sostitutive**: escono di scena (per desuetudine, verrebbe da dire) la semidetenzione e la libertà controllata; fanno il loro ingresso nel catalogo delle pene sostitutive la **semilibertà**, la **detenzione domiciliare** e il **lavoro di pubblica utilità**; viene confermata la **pena pecuniaria** sostitutiva, innalzando sei mesi a un anno, come si è anticipato, il limite della pena detentiva sostituibile, e prevedendo una diminuzione del tasso minimo di conversione, oggi fisato in € 250.

Il **concetto di pena detentiva "breve"**, sostituibile con pene non detentive o semi-detentive, **cambia e raddoppia: da due a quattro anni**. Si spezza così la sovrapposizione tra l'area delle sanzioni sostitutive e l'area della sospensione condizionale della pena (che ha comportato la sterilizzazione delle sanzioni sostitutive, meno appetibili di una mera sospensione dell'esecuzione della pena) e **si fa coincidere il limite di pena detentiva sostituibile con quello della pena soggetta a sospensione dell'ordine di esecuzione ex art. 679 c.p.p.**, in vista della richiesta di una misura alternativa alla detenzione. Così facendo, quanto in particolare alla semilibertà e alla detenzione domiciliare, che continueranno ed essere previste anche come misure alternative alla detenzione applicabili dal tribunale di sorveglianza dopo la definitività della sentenza, **si anticipa nel giudizio di cognizione la possibilità di applicare misure corrispondenti alle attuali due misure alternative di cui si è detto**. Con ciò incentivando, tra l'altro, i riti speciali. Patteggiare la pena detentiva sostituita con la detenzione domiciliare o con il lavoro di pubblica utilità, ad esempio, dà la garanzia all'imputato di non entrare in carcere, senza dover confidare sull'eventuale concessione di una misura alternativa, da parte del tribunale di sorveglianza, magari a distanza di molti anni, restando nella condizione del c.d. libero sospeso. Evidenti anche gli **effetti deflativi sul procedimento di sorveglianza**.

Da notare che non figura nel catalogo delle pene sostitutive l'**affidamento in prova al servizio sociale**. Si è ritenuto che un'applicazione di tale misura, all'esito del giudizio di cognizione, potesse da un lato disincentivare la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e, dall'altro lato, allungare i tempi del processo.

Più in particolare, la pena detentiva inflitta entro il limite di **4 anni** potrà essere sostituita con la **semilibertà** o con la **detenzione domiciliare**; quella inflitta entro il limite di **3 anni**, anche con il **lavoro di pubblica utilità**, se il condannato non si oppone; quella inflitta entro il limite di **1 anno** altresì con la **pena pecuniaria**. Le pene sostitutive non saranno sospendibili condizionalmente e potranno applicarsi solo quando favoriscano la rieducazione del condannato e non vi sia pericolo di recidiva.

Recependo un'indicazione della dottrina, finalizzata a valorizzare l'effettività delle pene sostitutive, viene **esclusa la sospensione condizionale**. La logica è qui quella del **castigo mite ma certo** (Beccaria *docet*). Una logica che ispira anche la disciplina relativa alla mancata esecuzione delle pene sostitutive, che comporta la conversione nella pena detentiva sostituita o in altra pena sostitutiva, salva l'eventuale responsabilità penale (es., per l'allontanamento dal luogo di esecuzione della detenzione domiciliare).

Quanto al **lavoro di pubblica utilità**, applicabile come pena sostitutiva per la generalità dei reati, anche in sede di decreto penale di condanna, si prevede – analogamente a quanto avviene oggi

limitatamente alla guida in stato di ebbrezza – che il positivo svolgimento, accompagnato da condotte risarcitorie o riparatorie, ove possibili, comporti di norma la **revoca della confisca**.

In tema di **pena pecuniaria** sostitutiva, si delega il Governo a **rivedere il limite minimo del valore giornaliero, sganciandolo da quello di cui all'art. 135 c.p. (€ 250)**. Ciò consentirà, fissando un valore più basso, parametrabile alle condizioni economiche del condannato, di **incentivare la sostituzione della pena** e, con essa, i **riti alternativi** (decreto penale *in primis*), con effetti di riduzione dei tempi complessivi della giustizia penale.

Q) Esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto (art. 1, comma 21)

La delega mira a valorizzare – ampliandone l'ambito di applicabilità – un istituto che ha già mostrato significative potenzialità di **deflazione processuale**, evitando che si celebrino, magari per tre gradi di giudizio, processi penali per fatti bagatellari (come nel caso del furto di una melanzana, citato nella Relazione della Commissione Lattanzi). Accogliendo un'indicazione della dottrina, si prevede come limite all'applicabilità della disciplina di cui all'**art. 131 bis c.p.**, in luogo della pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, la **pena detentiva non superiore nel minimo a due anni**, sola o congiunta a pena pecuniaria. In sede di attuazione dovranno essere individuati ulteriori casi in cui, ai sensi del comma 2, dell'art. 131 *bis* c.p., l'offesa non può essere considerata di particolare tenuità. Una espressa indicazione legislativa esclude d'altra parte che l'estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. interessi i reati riconducibili alla Convenzione di Istanbul, in tema di violenza contro le donne.

Un ulteriore criterio di delega mira poi a **dare rilievo alla condotta successiva al reato ai fini della valutazione della particolare tenuità dell'offesa**. In linea con un *leit motiv* della legge Cartabia, si mira così a **incentivare condotte riparatorie**, anche in vista dell'archiviazione del procedimento.

R) Sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (art. 1, comma 22)

La logica della deflazione – processuale e penitenziaria – ispira il criterio di delega con il quale si prevede l'estensione dell'ambito di applicabilità della disciplina dell'**art. 168 bis c.p.** In sede di attuazione dovranno essere individuati, oltre ai casi previsti dall'art. 550, comma 2, c.p.p., ulteriori **specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni**, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto. Attualmente l'istituto, salvi i menzionati casi di cui all'art. 550, comma 2, c.p.p., richiamato dall'art. 168 *bis* c.p., non è applicabile in relazione ai procedimenti per reati puniti con pena detentiva superiore nel massimo a **quattro anni**.

Nel contesto della legge delega, la valorizzazione dell'istituto di cui all'art. 168 *bis* c.p. è coerente sia con l'obiettivo di **ridurre i tempi medi dei procedimenti penali**, sia con l'ampliamento degli spazi per la **giustizia riparativa** (la mediazione tra autore e vittima è uno dei contenuti obbligatori della messa alla prova).

Per incentivare l'applicazione dell'istituto nella fase delle indagini, si prevede che la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato possa essere **proposta anche dal p.m.**

S) Estinzione delle contravvenzioni per condotte riparatorie/ripristinatorie (art. 1, comma 23)

A finalità di deflazione processuale e di incentivo di condotte riparatorie/ripristinatorie – due *leit motiv* della legge di riforma – si ispira infine la delega al Governo a prevedere una **causa di estinzione delle contravvenzioni destinata a operare nella fase delle indagini preliminari**, per effetto del

tempestivo **adempimento di apposite prescrizioni impartite dall'organo accertatore** e, alternativamente, del pagamento di una somma di denaro determinata in una frazione del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa, ovvero del lavoro di pubblica utilità. In sede di attuazione della delega dovranno essere individuate le contravvenzioni per le quali consentire l'accesso alla causa di estinzione del reato. Dovrà trattarsi di **contravvenzioni suscettibili di elisione del danno o del pericolo mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie**. La disciplina non potrà applicarsi, tuttavia, qualora tali contravvenzioni concorrano con delitti.

Quanto in particolare agli effetti di deflazione sui procedimenti pendenti e sui tempi della giustizia penale, la delega prevede la **sospensione del procedimento penale** dal momento dell'iscrizione della notizia di reato fino al momento in cui il pubblico ministero riceve comunicazione dell'adempimento o dell'inadempimento delle prescrizioni.

5.3. Giustizia riparativa (art. 1, commi 18-20)

Un rilevante capitolo della legge delega, come si è anticipato, è dedicato alla giustizia riparativa, della quale in sede di attuazione dovrà essere introdotta una **disciplina organica – quanto a nozione, principali programmi, criteri di accesso, garanzie, persone legittimate a partecipare, modalità di svolgimento de programmi e valutazioni degli esiti – nel rispetto della Direttiva 2012/29/UE e dei principi stabiliti in materia a livello internazionale**.

La giustizia riparativa è concepita dalla legge delega **“nell’interesse della vittima e dell’autore del reato”**, secondo la logica della **riconciliazione e ricomposizione del conflitto** che le è propria. Molti gli aspetti che dovranno essere disciplinati in sede di attuazione: la **definizione di “vittima del reato”** – intesa come persona fisica (compreso il familiare della persona uccisa) che ha subito un danno, fisico, mentale o emotivo, o perdite che sono state causate direttamente da un reato; l'**accesso alla giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento** penale e **durante l’esecuzione della pena**, su iniziativa dell’autorità giudiziaria competente, nell’interesse della vittima e dell’autore del reato, con il loro **consenso e senza preclusioni in relazione al reato per cui si procede**; le specifiche **garanzie** per l’accesso ai programmi di giustizia riparativa, anche in rapporto alla **inutilizzabilità in sede penale delle dichiarazioni rese**; la **valutazione dell’esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa nel procedimento penale e in fase di esecuzione**; la **formazione dei mediatori** e i **requisiti professionali e di accreditamento** presso il Ministero della Giustizia; i **centri di giustizia riparativa** (strutture pubbliche facenti capo ad enti locali e convenzionate con il Ministero della Giustizia).

Da segnalare che per l’attuazione della disciplina in tema di giustizia riparativa la legge (art. 1, comma 19) prevede l'**autorizzazione alla spesa di oltre quattro milioni di euro**. Il dato non è privo di significato, se si considera che nel passato proprio la mancanza della necessaria copertura finanziaria ha ostacolato lo sviluppo della giustizia riparativa, inclusa nella riforma Orlando, e che, nel contesto dell’attuale riforma, coperture finanziarie sono previste solo per l’ufficio per il processo e, per l’appunto, per la giustizia riparativa. Ciò testimonia la forte determinazione politica e la **rilevanza strategica e culturale dell’intervento**, che promette di elevare la qualità e l’efficienza della giustizia penale.

6. Veniamo ora all'**articolo 2**, ciò alla parte della [legge n. 134/2021](#) che, come si è detto, contiene le **disposizioni immediatamente precettive**. Le modifiche normative riguardano sia il **codice penale** sia il **codice di procedura penale** e sono relative ai seguenti ambiti tematici:

- **Prescrizione del reato;**
- **Improcedibilità** dell’azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione;
- **Identificazione dell’indagato e dell’imputato ignoto, apolide, extracomunitario o comunitario privo di codice fiscale (codice unico identificativo e cartellino fotodattiloscopico);**
- **Violenza domestica e di genere;**

- **Comunicazioni al difensore di impugnazioni, dichiarazioni e richieste di persone detenute o internate.**

Nell'articolo 2 sono inoltre contenute alcune disposizioni di accompagnamento della riforma, oltre a quelle finanziarie.

6.1. Prescrizione del reato (art. 2, comma 1)

Viene confermata la scelta di fondo, compiuta con la legge n. 3 del 2019 (legge Bonafede), di bloccare il corso della **prescrizione del reato** dopo la sentenza di primo grado, sia essa di condanna o di assoluzione. La [legge n. 134/2021](#) interviene nondimeno sul **codice penale** per apportare alcuni **correttivi**.

Con un'operazione di pulizia concettuale e sistematica, anzitutto, si introduce in un **nuovo art. 161 bis c.p.** una disposizione di chiusura della disciplina della prescrizione del reato ("Cessazione del corso della prescrizione"), nella quale si chiarisce che **"il corso della prescrizione del reato cessa definitivamente con la pronuncia della sentenza di primo grado"**. Contestualmente viene **abrogato l'art. 159, comma 2, c.p.**, nella versione della Bonafede, che annovera(va) invece la pronuncia della sentenza di primo grado tra le cause di *sospensione* del corso della prescrizione. Come è stato da più parti rilevato in dottrina, infatti, la sospensione (vera e propria) implica per definizione la possibilità di una ripresa del corso della prescrizione, che la legge Bonafede invece esclude(va). Di qui la scelta della [l. n. 134/2021](#) di individuare nella sentenza di primo grado il *dies ad quem* della prescrizione del reato.

Nel nuovo assetto normativo, peraltro, si segnalano **tre ulteriori novità**.

a) Si contempla espressamente (art. 161 bis c.p., secondo periodo) l'**ipotesi dell'annullamento della sentenza di primo grado con regressione del procedimento** al primo grado o ad una fase anteriore (le indagini, come avviene in caso di annullamento per incompetenza per materia o per territorio). In questo caso **"la prescrizione riprende il suo corso dalla data della pronuncia definitiva di annullamento"**. La regola è coerente con la scelta di fondo di prevedere che la prescrizione corra nel primo grado di giudizio e nelle fasi anteriori. Se la sentenza di primo grado viene annullata, la causa di cessazione del corso della prescrizione è *tamquam non esset* e la prescrizione riprende il suo corso dalla data della pronuncia definitiva di annullamento. La formula legislativa ("**riprende il suo corso**") è la stessa utilizzata dall'art. 159, comma 3, c.p. per l'ipotesi di cessazione di una causa sospensiva: ciò lascia intendere, come è ragionevole e come già oggi avviene, che la regressione del procedimento non comporta che la prescrizione, dal giorno dell'annullamento della sentenza di primo grado, cominci *nuovamente* (cioè da capo) a decorrere (formula utilizzata per gli atti interruttivi dall'art. 160, comma 2, c.p.). In altri termini, la regressione del procedimento non azzerava il *timer* della prescrizione del reato, che riprende il suo corso dal punto in cui era cessato, al netto del prolungamento del termine per effetto di atti interruttivi. Detto ancora diversamente, la **data della pronuncia definitiva di annullamento della sentenza di primo grado individua il momento a partire dal quale il timer della prescrizione riprende a decorrere, dal punto in cui si era fermato**: non il momento iniziale dal quale il *timer*, azzerato, riprende a decorrere.

b) Il **decreto penale di condanna**, rispetto a quanto prevedeva l'ora abrogato art. 159, comma 2, c.p., **non ha più l'effetto di determinare la cessazione del corso della prescrizione** e viene reintrodotta, modificando l'**art. 160, comma 1, c.p.**, tra gli **atti interruttivi** del corso della prescrizione. Il legislatore, modificando la scelta compiuta dalla legge n. 3 del 2019, ha ritenuto che solo la sentenza di primo grado, che presuppone un accertamento di fatti e responsabilità nel contraddittorio delle parti, possa determinare la cessazione del corso della prescrizione del reato, cioè lo scorrere del 'tempo dell'oblio'.

c) Viene infine **abrogato l'art. 159, comma 4, c.p.**, che disciplina(va) la **sospensione della prescrizione del reato nell'ipotesi di sospensione del processo per assenza dell'imputato (art. 420 quater c.p.p.**, inserito dalla l. 28 aprile 2014, n. 67), prevedendo un limite massimo alla durata della sospensione, che non può superare i termini previsti dall'art. 161, comma 2, c.p. (prolungamento

massimo del termine di prescrizione per effetto di atti interruttivi). L'abrogazione dell'art. 159, comma 4, c.p. si spiega in ragione della necessità di **coordinare la disciplina della prescrizione del reato con la nuova disciplina del processo in assenza**, che come si è detto dovrà essere attuata dal Governo sulla base del criterio di delega di cui all'art.1, comma 7, della [l. n. 134/2021](#). La delega prevede a tal proposito che nel giudizio di primo grado non si tenga conto, ai fini della prescrizione del reato, del periodo di tempo intercorrente tra la definizione del procedimento con sentenza di non doversi procedere e il momento in cui la persona nei cui confronti la sentenza è pronunciata è stata rintracciata, salva, in ogni caso, l'estinzione del reato nel caso in cui sia superato il doppio dei termini stabiliti dall'art. 157 c.p.

Quanto ai **profili di diritto intertemporale**, in assenza di una disciplina transitoria opera la regola generale di cui all'art. 2 c.p., sulla premessa che – secondo la giurisprudenza costituzionale – la disciplina della prescrizione del reato ha natura sostanziale. **Le modifiche normative apportate dalla riforma hanno effetto retroattivo solo se e in quanto risultino in concreto più favorevoli**. È il caso del ripristino del decreto di condanna quale atto interruttivo del corso della prescrizione, che pertanto non viene più bloccata dal decreto penale stesso. L'abrogazione della norma che prevede un limite massimo alla sospensione della prescrizione, in caso di processo *in absentia*, comporta invece un effetto sfavorevole e non può avere effetto retroattivo. Per i restanti profili, la nuova disciplina non ci sembra avere carattere sostanzialmente innovativo: né nella parte in cui qualifica propriamente la sentenza di primo grado quale causa di cessazione (anziché di sospensione) del corso della prescrizione; né nella parte in cui stabilisce che la prescrizione inizia a decorrere nuovamente in caso di regressione del procedimento al primo grado o a una fase anteriore.

6.2. Improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione (art. 2, commi 2-6)

Escludendo la prescrizione del reato nei giudizi di appello e di legittimità, la legge n. 3/2019 aveva notoriamente posto il problema della possibile durata *sine die* o, comunque, irragionevole, dei giudizi stessi. Per **garantire il principio costituzionale della ragionevole durata del processo** e, al tempo stesso, per **incentivare la riduzione dei tempi medi di celebrazione dei giudizi di impugnazione** (e in particolare, dell'appello), viene introdotto il nuovo istituto della improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione. Dal punto di vista sistematico, la relativa disciplina è inquadrata e collocata nel codice di procedura penale tra le **condizioni di procedibilità**, in un **nuovo art. 344 bis c.p.p.**

La regola fondamentale è la seguente: la mancata definizione del giudizio di **appello** entro il termine di **due anni**, e del giudizio di **cassazione** entro il termine di **un anno** – cioè entro i termini di ragionevole durata del processo previsti, per quei gradi di giudizio, dalla legge Pinto (art. 2, comma 2 *bis*, l. 24 marzo 2001, n. 89) – “costituisce **causa di improcedibilità dell'azione penale**”.

Questa regola riguarda i procedimenti per tutti i reati, con la sola **eccezione** di quelli puniti con l'**ergastolo**, anche per effetto dell'applicazione di aggravanti. I relativi procedimenti non sono pertanto sottoposti alla disciplina dell'art. 344 *bis* c.p.p.

Va segnalato che, per espressa previsione normativa, **la declaratoria di improcedibilità non ha luogo quando l'imputato chiede la prosecuzione del processo**. L'imputato assolto in primo grado o in appello può rinunciare all'improcedibilità per ottenere una pronuncia che confermi l'assoluzione nel merito; l'imputato condannato in primo grado o in appello, d'altro canto, può chiedere la prosecuzione del processo per ribaltare l'esito del giudizio e ottenere un'assoluzione. **La declaratoria di improcedibilità, in altri termini, è sempre evitabile sulla base di scelte difensive dell'imputato**, analogamente a quanto avviene per la prescrizione del reato.

Si potrà porre, peraltro, la **questione della prevalenza di esiti assolutori** sull'improcedibilità, analogamente a quanto prevede l'**art. 129, comma 2, c.p.p.** per il caso di estinzione del reato. Ci sembra tuttavia che nel caso di specie tale ultima disposizione non possa trovare applicazione. In primo luogo, perché a venire in rilievo non è una causa di estinzione del reato, ma una causa di

improcedibilità (analogamente a quanto avviene per la mancanza della querela, che segue la regola generale del primo comma dell'art. 129 c.p.p.). In secondo luogo, perché **una volta spirato il termine di durata massima del giudizio, eventualmente prorogato, l'azione diventa (appunto) improcedibile e la sentenza non può pertanto essere annullata**, potendo il giudice limitarsi solo alla declaratoria della improcedibilità. Un analogo principio è già presente nella giurisprudenza della Cassazione, con riferimento a un'altra causa sopravvenuta di improcedibilità dell'azione penale: “la deliberazione della sentenza di non luogo a procedere prevista dall'art. 13, comma 3-*quater*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, per il caso di avvenuta espulsione dello straniero, preclude la pronuncia di proscioglimento nel merito ai sensi dell'art. 129, comma 2, c.p.p., in quanto l'esecuzione dell'ordine di espulsione è **causa sopravvenuta di improcedibilità dell'azione penale che impedisce l'instaurazione del rapporto processuale** (Cass. Sez. V, 7.5.2021, n. 26519, K., CED 281681. In relazione alla querela, causa originaria di improcedibilità dell'azione penale, v. ad es. Cass. Sez. III, 6.7.2016, O., n. 43240, CED 267937: “il difetto della condizione di procedibilità (nella specie: querela), impedendo la valida costituzione del rapporto processuale, inibisce ogni valutazione del fatto imputato e preclude, quindi, la pronuncia di proscioglimento, secondo la regola della prevalenza, per evidenza della causa di non punibilità nel merito”).

Quanto al *dies a quo*, i **termini** di cui sopra **decorrono dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine per il deposito della sentenza**, previsto dall'art. 544 c.p.p., eventualmente prorogato *ex art.* 154 disp. att. c.p.p. (una sola volta, per un massimo di 90 giorni; ciò significa che, in caso di termine massimo per il deposito della sentenza, pari a 90 giorni, e di proroga concessa per il termine massimo di 90 giorni, il *dies a quo* del termine di improcedibilità dell'azione penale si colloca a sei mesi di distanza dalla pronuncia della sentenza). **La disciplina incentiva il deposito puntuale delle motivazioni**: l'eventuale ritardo, infatti, eroderebbe il margine di tempo (massimo 90 giorni) che il legislatore ha concepito, nella prospettiva dell'improcedibilità, come una parentesi utile agli adempimenti per la trasmissione del fascicolo da un organo giudicante all'altro. Sotto questo profilo, come si è anticipato, sarà assai rilevante – e coerente con gli obiettivi della riforma – **tagliare il più possibile i ‘tempi morti’ del processo**, necessari in particolare per la **trasmissione dei fascicoli**; tempi sui quali molto potranno incidere la digitalizzazione dei fascicoli e degli atti, e la loro trasmissione per via telematica.

I termini di improcedibilità dell'azione possono essere **prorogati**, con ordinanza motivata del giudice che procede, secondo una disciplina articolata come segue:

a) **di regola** è possibile **una sola proroga** per un periodo non superiore a **un anno nel giudizio di appello** e a **sei mesi** nel giudizio di **cassazione** (*termini massimi: 3 anni in appello e un anno e sei mesi in Cassazione*). La proroga deve essere giustificata dalla “**particolare complessità del giudizio** di impugnazione in ragione del **numero delle parti o delle imputazioni** o del **numero** o della **complessità delle questioni di fatto o di diritto** da trattare;

b) quando si procede **per determinati delitti di particolare gravità – in materia di terrorismo, criminalità organizzata, reati sessuali e traffico di stupefacenti** – possono essere concesse **ulteriori proroghe – in numero indefinito** –, motivate sempre per le predette ragioni di complessità e sempre per la durata, ciascuna, di un anno in appello e di sei mesi in Cassazione. Questo regime riguarda: i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni; i delitti di cui agli artt. 270, comma 3, 306, comma 2, 416 *bis*, 416 *ter*, 609 *bis*, nelle ipotesi aggravate di cui all'articolo 609 *ter*, 609 *quater* e 609 *octies* c.p.; il delitto di cui all'art. 74 t.u. stupefacenti;

c) quando si procede per i **delitti aggravati ai sensi dell'art. 416 *bis*.1, comma 1, c.p.** (metodo mafioso), infine, i periodi di proroga non possono superare complessivamente tre anni nel giudizio di appello e un anno e sei mesi nel giudizio di cassazione; sono cioè consentite al **massimo due proroghe, ulteriori alla prima** (tre nel complesso) (*termini massimi: 5 anni in appello, 2 anni e mezzo, in Cassazione*).

Contro l'ordinanza che dispone la proroga del termine l'imputato e il suo difensore possono proporre **ricorso per cassazione**, a pena di inammissibilità, entro cinque giorni dalla lettura

dell'ordinanza o, in mancanza, dalla sua notificazione. **Il ricorso non ha effetto sospensivo.** La Corte di cassazione decide con procedimento in camera di consiglio (art. 611 c.p.p.) entro trenta giorni dalla ricezione degli atti. In caso di rigetto o di inammissibilità del ricorso, la questione non può essere riproposta con l'impugnazione della sentenza.

Aver affidato al giudice la decisione sulla proroga, senza automatismi e sulla base di una motivazione vincolata a specifiche ragioni di complessità – controllabile da parte della Cassazione – risponde all'esigenza di **valorizzare, caso per caso, le esigenze del singolo processo**, che possono essere ben diverse, in termini di complessità, senza una correlazione necessaria con la gravità del reato per cui si procede (un processo per un omicidio indiziario è più complesso rispetto per quello per un omicidio con arresto in flagranza dell'autore, con la pistola fumante in mano). Si tratta di **un ragionevole temperamento al carattere altrimenti assoluto e cieco di un regime senza proroghe.** Il fatto che la proroga sia affidata alla decisione del giudice – nonostante le [critiche di una parte della dottrina](#) – sembra d'altra parte coerente, a livello sistematico, con altri luoghi normativi nei quali, a diversi effetti, è dato rilievo alla valutazione giudiziale della complessità del procedimento: ad esempio, in materia di proroga dei termini di durata delle indagini preliminari (art. 406, comma 2, c.p.p.), di sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare (art. 304, comma 2, c.p.p.), di proroga dei termini di efficacia della confisca di prevenzione (art. 24, comma 2, cod. antimafia). Non solo: **la valutazione della complessità del procedimento è un fondamentale criterio legislativo – affidato al giudice – per la determinazione della durata irragionevole del processo**, ai fini del riconoscimento della violazione del relativo diritto costituzionale e dell'equa riparazione prevista dalla **legge Pinto** (art. 2, comma 2, l. n. 89/2001).

La legge prevede la **sospensione dei termini** durata massima del giudizio di impugnazione, con effetto per tutti gli imputati nei cui confronti si sta procedendo:

a) **negli stessi casi in cui l'art. 159, comma 1, c.p. prevede la sospensione del corso della prescrizione** del reato;

b) nel **giudizio di appello**, anche per il tempo occorrente per la **rinnovazione dell'istruzione dibattimentale**. In questo caso il periodo di sospensione tra un'udienza e quella successiva non può comunque eccedere sessanta giorni;

c) in caso di **irreperibilità dell'imputato** e di necessità di procedere a nuove ricerche, ai sensi dell'art. 159 c.p.p., per la notificazione del decreto di citazione per il giudizio di appello o degli avvisi di cui all'art. 613, comma 4, c.p.p. La sospensione dei termini ha effetto per tutti gli imputati nei cui confronti si sta procedendo, tra la data in cui l'autorità giudiziaria dispone le nuove ricerche e la data in cui la notificazione è effettuata.

In caso di annullamento della sentenza da parte della Corte di cassazione, con **rinvio alla corte d'appello**, i termini di durata massima decorrono nuovamente (*ab initio*, essendo termini di fase) dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine per il deposito della motivazione della sentenza di annullamento. Anche nel giudizio di rinvio i termini sono prorogabili e soggetti a sospensione, secondo la disciplina di cui si è detto. È espressamente fatta salva la disciplina relativa alla formazione parziale del giudicato (art. 624 c.p.p.).

Quanto infine alle **decisioni sugli effetti civili**, in caso di declaratoria di improcedibilità ai sensi dell'art. 344 *bis* c.p.p., viene inserito nell'**art. 578 c.p.p. un nuovo comma 1 bis**: quando nei confronti dell'imputato è stata pronunciata condanna, anche generica, alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato, a favore della parte civile, il giudice di appello e la Corte di cassazione, nel dichiarare improcedibile l'azione penale per il superamento dei termini di durata massima del giudizio, **rinviano per la prosecuzione al giudice civile** competente per valore in grado di appello, che decide valutando le **prove acquisite nel processo penale**. Al legislatore è parso ragionevole, per esigenze di economia della giustizia penale, evitare la prosecuzione in sede penale di un procedimento per i soli effetti civili. D'altra parte, il principio di conservazione delle prove acquisite nel processo penale rende quest'ultimo non inutile e riduce i tempi del processo civile.

Va peraltro segnalato, in ordine al tema dei rapporti tra improcedibilità e azione civile esercitata nel processo penale, che uno dei criteri di **delega (art. 1, comma 13, lett. d)** rimette al Governo ulteriori interventi di coordinamento; tra questi, in particolare, quelli relativi alla disciplina delle

impugnazioni per i soli effetti civili. Non solo, la stessa delega rinvia al Governo la soluzione di una rilevante questione, relativa alla sorte da destinare alla **confisca** disposta con la sentenza impugnata, in caso di sopravvenuta improcedibilità dell'azione nel giudizio di impugnazione. Si tratterà di valutare se e in che limiti può trovare applicazione una disciplina analoga a quella che l'**art. 578 bis c.p.p.** prevede per il caso di estinzione del reato per prescrizione del reato.

Un ultimo rilevante aspetto riguarda infine la **disciplina transitoria**, contenuta nell'art. 2, commi 3-5 della [l. n. 134/2021](#), che si articola su tre regole.

a) La **nuova disciplina** in tema di improcedibilità **si applica ai soli procedimenti di impugnazione che hanno a oggetto reati commessi a far data dal 1° gennaio 2020**, data di entrata in vigore della legge Bonafede (l. n. 3/2019). Nell'introdurre un estremo rimedio contro l'irragionevole durata del processo nei giudizi di impugnazione, il legislatore ha voluto limitarne l'operatività ai soli procedimenti per reati che, a seguito della riforma del 2019, sono rimasti in quei giudizi *privi* del rimedio della prescrizione.

b) Nei **procedimenti per fatti commessi dopo il 1° gennaio 2020**, nei quali, al 19 ottobre 2021 – data di entrata in vigore della [legge n. 134/2021](#) –, **siano già pervenuti al giudice dell'appello o alla Corte di cassazione** gli atti trasmessi ai sensi dell'articolo 590 del codice di procedura penale, **i termini di durata massima** di cui all'art. 344 *bis* c.p.p. **decorrono dalla data di entrata in vigore della legge** stessa.

c) Nei procedimenti per fatti commessi dopo il 1° gennaio 2020, nei quali l'impugnazione è proposta entro il **31 dicembre 2024**, i termini previsti dall'art. 344-*bis* c.p.p. sono, rispettivamente, **di tre anni per il giudizio di appello e di un anno e sei mesi per il giudizio di cassazione**. Gli stessi termini si applicano nei giudizi conseguenti ad annullamento con rinvio pronunciato prima del 31 dicembre 2024. In caso di pluralità di impugnazioni, si fa riferimento all'atto di impugnazione proposto per primo.

A nostro avviso, la scelta di limitare la nuova disciplina della improcedibilità ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge Bonafede va valutata al metro del **principio di ragionevolezza**, indipendentemente dalla natura, sostanziale o processuale, dell'istituto di cui al nuovo art. 344 *bis* c.p.p. Se si tratta di un istituto di diritto sostanziale, la retroattività con effetti *in mitius* può essere legittimamente esclusa dal legislatore sulla base di ragionevoli motivi. Se, come a noi pare, **si tratta di un istituto di natura processuale**, in base al principio *tempus regit actum* dovrebbe applicarsi anche ai procedimenti per fatti commessi prima del 1° gennaio 2020: anche in questo caso la deroga all'applicabilità della nuova disciplina va pertanto valutata alla luce del **principio di ragionevolezza**. A ben vedere, infatti, in assenza di una norma transitoria il nuovo art. 344 *bis* c.p.p. si applicherebbe a tutti i processi di appello e di cassazione a partire dall'entrata in vigore della legge, indipendentemente dalla data in cui è stato commesso il reato. È pacifico però che il legislatore può prevedere una disciplina transitoria che limiti ragionevolmente i procedimenti interessati dalla riforma. Dal momento che la riforma in esame richiede un grande sforzo organizzativo, soprattutto per le corti d'appello, è parso opportuno al legislatore prevedere una **gradualità** nella sua applicazione, consentendo alla macchina della giustizia di organizzarsi, cosa che non permetterebbe un'applicazione generalizzata a tutti i procedimenti. Ed è parso ragionevole limitarne l'applicazione ai **reati commessi a partire dal 1° gennaio 2020** che, per effetto della legge Bonafede, sono diventanti di fatto **imprescrittibili dopo il primo grado**. Rispetto a questi reati l'improcedibilità è l'unica via per porre una fine a un processo di appello e di cassazione a tempo indeterminato. Viceversa, per i reati commessi precedentemente continua a operare anche in appello e in cassazione il rimedio della prescrizione del reato, garantendo così che il processo abbia una fine. Si tratta di un punto di equilibrio che ci sembra del tutto conforme ai principi costituzionali.

6.3. Identificazione dell'indagato e dell'imputato ignoto, apolide, extracomunitario o comunitario privo di codice fiscale (art. 2, commi 7-10)

Modificando alcune disposizioni del codice di procedura penale (artt. 66, comma 2, 349, comma

2, 431, comma 1, lett. g), e delle relative disposizioni di attuazione (art. 110, comma 1 *bis*) – per esigenze di coordinamento con il t.u. in materia di casellario giudiziale e con il Regolamento (UE) 2019/816 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 –, il legislatore ha introdotto specifiche disposizioni volte ad assicurare la più compiuta **identificazione della persona sottoposta al procedimento penale** e la **sicura riferibilità alla medesima degli eventuali provvedimenti pronunciati nei suoi confronti** allorquando siano destinati a essere iscritti nel casellario giudiziale. In sintesi si prevede, in relazione agli **apolidi**, alle **persone con cittadinanza ignota**, agli **extracomunitari**, ai **cittadini dell’UE privi del codice fiscale** ovvero attualmente, o in passato, **titolari anche della cittadinanza di uno paese extra UE**:

a) **art. 66, comma 2, c.p.p.**: che nei provvedimenti destinati a essere iscritti nel **casellario giudiziale** sia riportato il codice unico identificativo (realizzato sulla base delle impronte digitali: cfr. art. 43 d.P.R. n. 313/2002);

b) **art. 349, comma 2, c.p.p.**: che i dati fotosegnalatici (cartellino fotodattiloscopico e codice unico identificativo) siano acquisiti dalla **polizia giudiziaria** all’atto dell’identificazione e trasmessi all’ufficio del pubblico ministero;

c) **art. 431, comma 1, lett. g), c.p.p.**: che una copia del cartellino fotodattiloscopico, con indicazione del codice univoco identificativo, sia inserita nel **fascicolo del dibattimento**, nell’ipotesi in cui si proceda alla sua formazione;

d) **art. 110, comma 1 bis, disp. att. c.p.p.**: che la segreteria del pubblico ministero provveda ad annotare il codice univoco identificativo (C.U.I.) della persona sottoposta ad indagini all’atto della sua **iscrizione nel registro di cui all’art. 335 c.p.p.**, previa acquisizione di copia del cartellino fotodattiloscopico, ove non già trasmessa dalla polizia giudiziaria;

6.4. Violenza domestica e di genere (art. 2, commi 11-13, 15)

Con disposizioni immediatamente precettive, si interviene su alcune previsioni del codice di procedura penale e del codice penale per apprestare una maggiore **tutela alle vittime di violenza domestica e di genere**, provvedendo in particolare a un compiuto adeguamento della normativa interna allo standard eurounitario di protezione delle **vittime del reato** (come espresso, in particolare, dalla **direttiva 2012/29/UE**).

In *primo luogo*, si integrano alcune norme processuali a tutela delle **vittime di violenza domestica e di genere** introdotte con **legge 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. codice rosso)**, estendendone la portata applicativa anche alle **vittime di tentato omicidio e dei delitti in forma tentata**. Prima della riforma in esame, infatti, le disposizioni a tutela delle vittime e dei loro diritti nel procedimento penale di cui agli **artt. 90 ter, comma 1 bis**, e **659, comma 1 bis, c.p.p.** (in materia di **comunicazione alla persona offesa dei provvedimenti di scarcerazione**), **362, comma 1 ter, c.p.p.** (tempestiva **assunzione di informazioni** dalla persona offesa), **370, comma 2 bis, c.p.p.** (compimento senza ritardo, da parte della p.g., degli **atti delegati** dal p.m.), e **64 bis, comma, disp. att. c.p.p.** (trasmissione obbligatoria degli atti al giudice civile) si applica(va)no solo nel caso dei delitti previsti dagli articoli 572, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies*, 612 *bis* e 612 *ter* c.p., ovvero dagli articoli 582 e 583 *quinquies* c.p. nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, comma 1, numeri 2, 5, 5.1, e 577, comma 1, n. 1, e secondo comma, c.p., *senza alcun espresso richiamo alle forme tentate, né al reato di tentato omicidio*. Viene altresì modificata la disciplina sostanziale della **sospensione condizionale della pena (art. 165, comma 5, c.p.)** estendendo ai casi di condanna per tentato omicidio, e per i predetti reati commessi in forma tentata, l’obbligo di subordinarne la concessione alla partecipazione a specifici **percorsi di recupero presso** enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati.

In *secondo luogo*, modificando l’**art. 380, comma 2, lett. 1 ter, c.p.p.** viene introdotta (per effetto di un emendamento parlamentare) la previsione dell’**arresto obbligatorio in flagranza** per il delitto di **violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa**, di cui all’**art. 387 bis c.p.**, introdotto

dalla legge sul ‘codice rosso’. A proposito di tale previsione è stato segnalato – [sulla stampa](#) e in una nota della Procura di Tivoli – un difetto di coordinamento con la disciplina delle misure cautelari personali. La circostanza che il delitto di cui all’art. 387 *bis* c.p.p. sia punito con pena non superiore nel massimo a tre anni impedisce al giudice di disporre, **dopo la convalida dell’arresto**, una **misura coercitiva**, custodiale o meno (cfr. art. 280, comma 1, c.p.p.). Per applicare misure coercitive dopo la convalida dell’arresto in flagranza per reati puniti con pena non superiore a tre anni è infatti necessaria – e sarebbe a nostro avviso ragionevole – una deroga espressa, come quella che l’art. 280, comma 1, c.p.p., facendo salvo l’art. 391 c.p.p., opera in relazione ai reati per i quali è previsto l’arresto facoltativo in flagranza, puniti per l’appunto con pena inferiore al limite di tre anni. Se la deroga è prevista in casi di arresto facoltativo, *a fortiori* avrebbe ragion d’essere in caso di arresto obbligatorio. Va peraltro segnalato, in attesa di un eventuale intervento correttivo del legislatore, che essendo il delitto di cui all’art. 387 *bis* c.p. integrato dall’inosservanza delle prescrizioni di una misura cautelare, il giudice che l’ha disposta (diverso però da quello della convalida dell’arresto) potrà aggravarla, applicando la custodia cautelare in carcere a prescindere dai limiti di pena previsti dall’art. 280 c.p.p. In tal senso dispone l’**art. 280, comma 3, c.p.p.**

6.5. Comunicazioni al difensore di impugnazioni, dichiarazioni e richieste di persone detenute o internate (art. 2, comma 14)

Con una disposizione immediatamente precettiva, viene integra la disciplina delle comunicazioni di impugnazioni e richieste di persone detenute o internate. Inserendo un **nuovo comma 2 bis all’art. 123 c.p.p.** si prevede che le **impugnazioni**, le **dichiarazioni**, compresa quella relativa alla **nomina del difensore**, e le **richieste**, presentate al **direttore dell’istituto penitenziario** o (in caso di arresto domiciliare, detenzione domiciliare o in luogo di cura) alla **polizia giudiziaria**, debbano essere **contestualmente comunicate anche al difensore nominato**.

6.6. Disposizioni di accompagnamento della riforma: comitati tecnico-scientifici e piano triennale per la transizione digitale dell’amministrazione della giustizia (art. 2, commi 16-21)

Le disposizioni finali della [legge n. 134/2021](#), anch’esse immediatamente precettive, sono infine dedicate all’istituzione e alla disciplina di due diversi **comitati tecnico-scientifici**, il cui ruolo è strategico nell’attuazione e nel monitoraggio della riforma.

Al **Comitato tecnico-scientifico per il monitoraggio sull’efficienza della giustizia penale, sulla ragionevole durata del procedimento e sulla statistica giudiziaria**, costituito presso il Ministero della Giustizia, vengono affidate la consulenza e il supporto nella **valutazione periodica del raggiungimento degli obiettivi** di accelerazione e semplificazione del procedimento penale, nonché della effettiva funzionalità degli istituti finalizzati a garantire un alleggerimento del carico giudiziario. L’istituzione di un simile comitato testimonia l’attenzione del legislatore per l’effettività della riforma, in funzione del raggiungimento degli obiettivi che persegue, nell’ambito e in relazione al P.N.R.R. Il Comitato è presieduto dal Ministro della Giustizia, o da un suo delegato; i componenti durano in carica tre anni. Da segnalare il rilievo che viene dato alla **statistica giudiziaria**, concepita e valorizzata come un importante strumento di conoscenza e di analisi del sistema della giustizia e dell’impatto delle riforme ad esso relativo. Trattandosi di rendere più efficiente la giustizia, raggiungendo risultati specifici in termini di riduzione della durata dei processi e di dimensione dell’arretrato, assume un rilievo decisivo la **misura dell’efficienza**, e il relativo monitoraggio, grazie ai dati statistici e alla loro elaborazione. Il ruolo del Comitato in esame è rilevante anche in rapporto alla improcedibilità dell’azione penale per superamento de termini di durata massima del giudizio di impugnazione. L’art. 2, comma 6, della [l. n. 134/2021](#) affida al Comitato tecnico-scientifico e ai competenti Dipartimenti del Ministero della giustizia il compito di riferire al Ministro della Giustizia con cadenza annuale, a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, in ordine

all'evoluzione dei dati sullo smaltimento dell'arretrato pendente e sui tempi di definizione dei processi. Il Ministro della Giustizia “assume le conseguenti **iniziative riguardanti l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia necessarie ad assicurare il raggiungimento degli obiettivi di ragionevole durata del processo**. I risultati del monitoraggio sono trasmessi al **Consiglio superiore della magistratura**, per le determinazioni di competenza in materia di amministrazione della giustizia e di organizzazione del lavoro giudiziario”.

Viene inoltre costituito, sempre presso il Ministero della Giustizia, un **Comitato tecnico-scientifico per la digitalizzazione del processo** – presieduto dal Ministro della Giustizia o da un suo delegato, con funzioni di **consulenza e supporto** per le **decisioni tecniche connesse alla digitalizzazione del processo**.

Da ultimo, al fine di garantire il completamento della riforma della **digitalizzazione del processo civile e penale**, l'adeguata **dotazione tecnologica dei servizi tecnici e informatici del Ministero della giustizia**, il **potenziamento infrastrutturale degli uffici giudiziari** nonché l'adeguata **formazione e l'aggiornamento professionale del personale** dell'amministrazione giudiziaria, dei magistrati e degli avvocati, è previsto un **piano per la transizione digitale**, di durata triennale, approvato dal Ministero della Giustizia, di concerto con il Ministero per l'Innovazione tecnologica e la transizione digitale e con il Ministero per la Pubblica Amministrazione. Il piano ha la funzione di coordinare e programmare la gestione unitaria degli interventi necessari sul piano delle risorse tecnologiche, delle dotazioni infrastrutturali e delle esigenze formative, al fine di realizzare gli **interventi innovativi di natura tecnologica connessi alla digitalizzazione del processo**.

Antonio Saitta
Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica
anche alla luce di [C. cost. n. 198 del 2021](#)*

ABSTRACT: *The contribution discusses the adoption of governmental emergency legislation during the COVID-19 pandemic. In the light of the recent Constitutional Court's jurisprudence, the Author investigates the reasons beyond the failure to use the existing Code of Civil Protection in favor of the Law decrees and the Decrees of the President of the Council of Ministers.*

SOMMARIO: 1. L'oggetto della ricerca. – 2 La gestione delle emergenze nazionali secondo il codice della protezione civile. – 3. La pandemia da SARS CoV.2 e l'affermazione di un inedito micro-sistema normativo di gestione dell'emergenza. – 4. I rapporti tra le nuove fonti normative e il codice della protezione civile. – 5. Le ragioni costituzionali della “fuga dal codice della protezione civile”. – 6. Considerazioni conclusive.

1. L'oggetto della ricerca.

Nel celeberrimo saggio del 1909 Santi Romano avvertiva come i provvedimenti emanati dal Governo per affrontare le emergenze di origine naturale (ed oggi, ahinoi, anche umana) che, imprevedibilmente ma frequentemente, si verificano «in contingenze e per estremi molto diversi» siano terreno di incertezze dottrinarie “esasperanti” quanto alla individuazione del fondamento e dei limiti di legittimità.

Facendo tesoro di tale premessa, non si utilizzerà questa occasione per ripercorrere l'evoluzione e cercare il fondamento della normativa italiana di protezione civile. Più semplicemente, prendendo le mosse dal d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1¹, contenente il codice della protezione civile, si proverà a comprendere le ragioni di ordine costituzionale di un fatto oggettivamente constatabile – e per alcuni versi paradossale – cioè che, in occasione del deflagrare dell'emergenza sanitaria da SARS-CoV-2, ossia della prima vera emergenza nazionale verificatasi nel dopoguerra, il codice della protezione civile non abbia saputo offrire strumenti adeguati sotto il profilo politico-costituzionale per affrontare efficacemente l'emergenza tanto da portare le istituzioni ad approntare in tempi rapidissimi una filiera normativa inedita e parallela a quella disegnata dal d.lgs. n. 1 del 2018.

2. La gestione delle emergenze nazionali secondo il codice della protezione civile.

La riforma costituzionale del titolo V del 2001 ha inserito la «protezione civile» tra le materie di competenza ripartita tra Stato e regioni. Invero, già sotto la vigenza della L. 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del Servizio nazionale della protezione civile, la materia era considerata concorrente tra le competenze statali e quelle regionali ed «i principi fondamentali della materia rinvenibili nel sistema della vigente legislazione» erano stati espressamente individuati dalla Corte costituzionale² nella distinzione dei tre diversi livelli di intervento in ragione della natura delle situazioni emergenziali che si possono fronteggiare. Oggi, l'art. 7 del codice prevede la competenza centralizzata per le «emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24». Ricorrendo questa ipotesi, la gestione delle emergenze è attribuita al Dipartimento della Protezione civile presso la Presidenza del Consiglio. Il

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.

¹ Per un commento al codice U. ALLEGRETTI, *Il codice della Protezione Civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon*, 1/2018.

² Con [sentenza n. 327 del 2003](#).

ruolo del Governo - e dello stesso Presidente del Consiglio - è sostanzialmente circoscritto ai principali interventi più marcatamente “politici” come la dichiarazione dello stato di emergenza *ex art. 24* o il potere di ordinanza che, con formula certamente non chiarissima, è intestato al Capo del Governo il quale, però, li «può esercitare, salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione di cui all’articolo 24, per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile». Resta anche al Governo un ampio potere di indirizzo generale nel determinare «le politiche di protezione civile per la promozione e il coordinamento delle attività delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, delle regioni, delle città metropolitane, delle province, dei comuni, degli enti pubblici nazionali e territoriali e di ogni altra istituzione e organizzazione pubblica o privata presente sul territorio nazionale».

L’art. 25 del codice individua le “ordinanze di protezione civile, da adottarsi 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” come lo strumento³ principe per la gestione delle emergenze. L’organo competente ad emanarle viene concretamente individuato caso per caso in seno alla deliberazione governativa di dichiarazione dello stato di emergenza, ma nella normalità dei casi è il Capo del Dipartimento della protezione civile salva la possibilità di nominare Commissari straordinari *ad hoc*⁴.

Come si può notare già da questo sintetico richiamo all’architettura del codice della protezione civile, il nostro paese è dotato di uno strumento astrattamente idoneo ad affrontare qualsivoglia emergenza, anche di carattere nazionale, e le competenze tra i vari organi coinvolti sono nettamente individuate: a valle della dichiarazione dello stato di emergenza di spettanza del Consiglio dei Ministri (in ragione della natura squisitamente politica della relativa decisione), la gestione delle crisi è concretamente affidata ad un organismo tecnico-amministrativo altamente specializzato, qual è il Dipartimento della protezione civile. Ciò appare coerente rispetto al principio della distinzione tra le funzioni di indirizzo politico e gestionali, tanto più opportuno in questa materia trattandosi di un campo in cui è naturale agire in deroga alla legislazione ordinaria, financo comprimendo diritti fondamentali, gestendo risorse imponenti ed incrociando esigenze pressanti, quando non drammatiche, delle popolazioni coinvolte.

Nel disegno normativo le riserve di legge poste dalla Costituzione a presidio delle libertà fondamentali sono soddisfatte proprio dal d.lgs. n. 1 del 2018 il quale legittima l’organo tecnico (il Capo del Dipartimento della protezione civile o il Commissario straordinario a seconda dei casi) ad emanare le proprie ordinanze in deroga alla legislazione comune, salvi i limiti sopra ricordati. La Corte costituzionale non ha avuto ragioni per contestare la legittimità di questo impianto normativo⁵.

Tuttavia, la Corte costituzionale, già con la [sentenza n. 37 del 2021](#)⁶ ha chiarito come il quadro normativo vigente, seppur conforme a Costituzione, non rappresenta l’unica possibile risposta

³ Sulla cui natura, meramente amministrativa o normativa si sono versati i proverbiali fiumi di inchiostro. Sui termini del dibattito si rinvia a E.C. RAFFIOTTA, *Norme d’ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, BUP, Bologna 2019, spec. 129 ss.

⁴ E.C. RAFFIOTTA, *Norme d’ordinanza*, cit., 136 ss.

⁵ Cfr., ad esempio, [C. cost. sent. n. 127 del 1995](#) (sulla quale G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2185 ss.) e [n. 44 del 2019](#).

⁶ Sulla quale, B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d’Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in [Federalismi.it](#), 2021, n. 11, A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, “annichilimento” della potestà; legislativa regionale e torsioni della decretazione d’urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2021, n. 2, C. Caruso, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in [Questione Giustizia](#), 2021, G. COINU, *Un nuovo capitolo nel variegato conflitto Stato-Regioni: le ordinanze regionali “contro” gli spostamenti verso le seconde case*, in [federalismi.it](#), 2021, n. 14, A. D’ATENA, *L’impatto dell’emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in [Italian Papers on Federalism](#), 2021, n. 1, F. GRANDI, *L’art. 32 nella pandemia. Sbilanciamento di un diritto o “recrudescenza” di un dovere?*, in [Costituzionalismo.it](#), 2021, n. 1, G. LAVAGNA, *Il Covid-19 e le Regioni. Uso e “abuso” delle ordinanze ‘extra ordinem’ dei Presidenti regionali*, in [federalismi.it](#), 2021, n. 17, A. LO CALZO, *Stato e Regioni di fronte alla Corte costituzionale nell’emergenza da Covid-19*.

ordinamentale: “è perciò ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima. È quanto successo, difatti, a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire”. Vedremo come nel caso della pandemia da SARS-CoV-2 il ricorso ad un sistema normativo-attuativo diverso dal codice della protezione civile abbia risposto a profonde ragioni di ordine costituzionale.

3. La pandemia da SARS CoV.2 e l'affermazione di un inedito micro-sistema normativo di gestione dell'emergenza.

Com'è noto, il virus Covid-19 si è manifestato sul piano provvedimentale con la proclamazione dello stato di emergenza nazionale deliberata dal Consiglio dei ministri nella seduta del 31 gennaio 2020 – all'indomani della drammatica dichiarazione del Direttore dell'Organizzazione Mondiale della Sanità con la quale fu accertata la dimensione internazionale dell'epidemia – ai sensi degli artt. 7, comma 1, lett. c, e 24, comma 1, del codice della protezione civile. Nel solco della prassi più collaudata, con quel provvedimento il Governo affidava al Capo del Dipartimento la competenza ad emanare le ordinanze previste dall'articolo 25.

I primi concreti provvedimenti sono stati effettivamente presi dal Capo del Dipartimento della protezione civile in conformità allo schema degli artt. 25, 26 e 27 del codice: acquisizione preventiva dell'intesa con le regioni interessate, pubblicazione del provvedimento in *Gazzetta Ufficiale*, riferimento esplicito alle norme di legge ordinaria derogate. Tuttavia, non appena la situazione sanitaria ha cominciato a precipitare ed è apparso chiaro che gli interventi necessari per fronteggiare la pandemia avrebbero dovuto coinvolgere in modo massiccio e per un periodo non breve il concreto esercizio di diritti fondamentali dei cittadini – quali la libertà di circolazione e soggiorno, quelle di riunione, di culto e di impresa, il diritto-dovere al lavoro e quello allo studio – si è fatto ricorso ad un sistema normativo-amministrativo diverso da quello codicistico: le fonti del diritto dell'emergenza sono state individuate nella filiera “decreto-legge”-“decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri” e/o di altre autorità⁷.

Mentre prendeva rapidamente corpo questo inedito micro-sistema normativo dell'emergenza pandemica, il Capo del Dipartimento di protezione civile ha continuato ad emanare le proprie ordinanze, ma si è trattato di provvedimenti, per quanto importanti, di natura marcatamente tecnica ed esecutiva-attuativa perché le misure più incisive sono state certamente quelle adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri (e da altri ministri, a cominciare da quello della Salute il quale

Riflessioni in tema di fondamento e prassi del potere di sospensiva nel giudizio in via principale, in [Gruppo di Pisa](#), 2021, n. 2, A. MAZZOLA, [Il diritto alla salute tra dimensione individuale e dovere sociale](#), in questa [Rivista](#), 2021/II, 629 ID., *Gli attuali rapporti fra Stato e Regioni: collaborativi o conflittuali?*, in [Nomos](#), 2021, G. MENEGUS, *Osservazioni sulla prima sospensione cautelare (ordinanza n. 4/2021) di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (e sulla sent. n. 37/2021)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2021, n. 2, M. MEZZANOTTE, [Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali](#), in questa [Rivista](#) 2021/I, D MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e Regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2021, n. 2, C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2021, n. 1-2, E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2021, n. 1, C. SALAZAR, *La prima volta. La Corte costituzionale sospende l'efficacia della legge valdostana "anti-D.P.C.M."*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, n. 2, 418, G. VESPERINI, *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, n. 3, 294, A. VUOLO, *Il potere cautelare della Corte costituzionale con specifico riguardo al giudizio in via principale: passato, presente e futuro*, in [federalismi.it](#), 2021, n. 10.

⁷ M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in [federalismi.it](#) – Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020, 6, nota come a base dei dd.ll. con i quali è stata fronteggiata la pandemia vi sia stata da parte del Governo «una valutazione di inadeguatezza degli apparati normativi vigenti rispetto alla natura dell'emergenza».

poteva intervenire anche a norma dell'art. 32, della l. n. 833 del 1978, nonché, con non pochi momenti di confusione e sovrapposizione di ruoli, dai presidenti delle regioni e dai sindaci). In sostanza, nella gestione della crisi il ruolo delle ordinanze di protezione civile ex art. 25 del codice è stato marginale rispetto ai provvedimenti direttamente posti in campo dal Governo quali i decreti legge e i decreti del Presidente del Consiglio, previsti dai primi come disposizioni esecutivo-attuative.

Il primo atto di rango primario adottato dal Governo – il d.l. n. 6 del 2020, cui sono seguiti importantissimi d.p.c.m. con i quali sono state disposte le iniziali, penetranti limitazioni di numerose libertà fondamentali – è stato giustamente criticato dalla dottrina per la labilità dei limiti e per la mancata predeterminazione delle fattispecie cui sottoporre i provvedimenti del Presidente del Consiglio e delle altre autorità legittimate ad intervenire in sede attuativa: vi era una specie di delega in bianco⁸ o “a fattispecie aperta”⁹ alle autorità amministrative (neppure predeterminate) per adottare provvedimenti atipici e innominati¹⁰ restrittivi delle libertà, senza neppure la previsione di limiti temporali di efficacia definiti¹¹. Lo stesso Governo ha rapidamente recepito le critiche che sono state rivolte da più parti a questo schema normativo già in sede di conversione del provvedimento e poi, più nettamente, con il d.l. n. 19 del 2020, nel quale, non a caso, si è disposta l'abrogazione del precedente d.l. – pur facendo salvi gli effetti dei provvedimenti adottati sulla base di quel provvedimento – e si sono posti paletti – ancora ampi, ma molto più specifici rispetto al precedente provvedimento – così prestando osservanza al vincolo rappresentato dalle riserve assolute di legge poste dalla Costituzione a difesa delle libertà. Il meccanismo, pur criticabilissimo e ricco di non poche incongruenze – quali l'ampio margine residuo in capo al Presidente del Consiglio nel dare concreta attuazione alla varie misure limitative delle libertà dei cittadini, nonché l'ambigua delimitazione del potere dei presidenti delle regioni e financo dei sindaci di emanare provvedimenti in autonomia e spesso in conflitto con quelli governativi¹² – alla fin fine ha funzionato e fino ad oggi ha superato indenne le ricorrenti censure che sono state poste all'attenzione di varie istanze di controllo, politico-costituzionale e giudiziario¹³, da ultimo con la [sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2021](#).

⁸ Così, ad esempio, A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di COVID-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1, 2021, 22 s.

⁹ Così E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in [Rivista AIC](#), 2/2021, 69.

¹⁰ V. M. BIGNAMI, *Di nuovo tra apocalittici e integrati: tecniche statali di normazione contro il coronavirus*, in *Emergenza COVID-19 e ordinamento costituzionale*, a cura di F.S. Marini e G. Scaccia, Torino, 2020, 44 s.

¹¹ G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in [Unicost](#), parla del d.l. n. 6 del 2020 come di una fonte “meramente attributiva di potere, senza alcuna delimitazione di forma o di contenuto”.

¹² Per un quadro ancora fortemente critico verso il d.l. n. 19, 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 [Rivista AIC](#), 3/2020, spec. 187 ss. e A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, 575 ss. Quanto ai poteri dei presidenti delle regioni si rinvia a F.F. PAGANO, A. SAIITA, F. SAIITA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3/2020, 374 ss.

¹³ Senza citare la giurisprudenza amministrativa e ordinaria con la quale sono state respinte numerose impugnazioni proposte avverso i D.P.C.M. di gestione della crisi sanitaria o provvedimenti esecutivi di quelli, va qui ricordata la [sentenza costituzionale n. 37 del 2021](#) con la quale la Corte, decidendo del riparto legislativo tra Stato e regioni in tema di contrasto alla diffusione del virus ha affermato che «il modello offerto dalla legislazione vigente, e appena rammentato, se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile. È perciò ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimentali tarate su quest'ultima. È quanto successo, difatti, a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire», con ciò, secondo una piana lettura della sentenza, suona come sostanziale avallo della filiera normativa messa in campo (cfr. ad esempio, E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia*, cit., 78). Nello stesso senso la favorevole pronuncia della Corte è stata letta dal Consiglio di Stato con il parere Sez. I, 28 aprile 2021, n. 850, secondo il quale «ancorché la Corte abbia precisato, come ovvio, che ‘Non è in discussione in questo giudizio, che riguarda il riparto di competenze nel contrasto alla pandemia, la legittimità dei D.P.C.M. adottati a tale scopo – comunque assoggettati al sindacato del giudice amministrativo’, non vi è dubbio che il Giudice delle leggi abbia dimostrato di ritenere quanto meno rispondenti alla

Anche la dottrina che ha studiato questo inedito micro-sistema delle fonti normative dell'emergenza pandemica ha man mano attenuato le prime più aspre critiche¹⁴.

4. I rapporti tra le nuove fonti normative e il codice della protezione civile.

Ci si è interrogati se i d.p.c.m. emanati per fronteggiare la pandemia abbiano, in realtà, una doppia fonte di legittimazione, se, cioè, essi siano riconducibili al modellino delle ordinanze di protezione civile emanate dal Presidente del Consiglio dei Ministri *ex artt. 5 e 25* del codice e, al contempo, possano essere considerati provvedimenti attuativi “anche” dei vari dd.ll. che si sono succeduti per fronteggiare l'emergenza pandemica sin da febbraio 2020.

Nelle prime settimane di emergenza in dottrina è stata autorevolmente sostenuta la tesi secondo cui la legittimazione dei d.p.c.m. si desumerebbe non «solo dal codice, bensì dal combinato disposto delle norme generali del codice (che, come abbiamo visto, conferiscono il potere di ordinanza in via principale al Presidente del Consiglio, fermo restando che questi “può” avvalersi del Capo del Dipartimento) e da quelle speciali dei decreti-legge succedutisi in questo periodo, cui i decreti del Presidente del Consiglio danno attuazione»¹⁵. Ad un più distanziato esame lo schema non è apparso sostenibile per molteplici ragioni. Si è osservato, ad esempio, come i d.p.c.m., contrariamente a quanto prescritto dall'art. 25 del codice della protezione civile, non contengano una motivazione adeguata, non indichino le norme di legge derogate e, soprattutto, siano stati adottati direttamente dal Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale ha esercitato attribuzioni non riconducibili a quelle previste dall'art. 5 del d.lgs. n. 1, che, si ricorda, salva diversa statuizione, in questo caso assente, possono essere esercitate «per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile»¹⁶.

Oltre a ciò, si possono notare altri punti in cui i d.p.c.m. emanati in occasione della crisi pandemica si sono nettamente distaccati dallo schema delle ordinanze di protezione civile. Il primo, più evidente ma poco evidenziato dalla dottrina, è di ordine testuale e consiste nel fatto che i decreti del Presidente del Consiglio nel preambolo citano sempre la deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 dichiarativa dello stato di emergenza nazionale, i vari decreti-legge man mano succedutesi a partire da quello n. 6 del 2020, ma non fanno alcun riferimento al codice della protezione civile né, ovviamente, agli artt. 5 e 25 di quel testo normativo. È vero che la delibera del 31 gennaio fu presa

specifica realtà, del tutto nuova e imprevedibile, imposta dalla pandemia, i più duttili strumenti attuativi costituiti dai qui contestati D.P.C.M.».

¹⁴ Ad esempio, 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 [Rivista AIC](#), 3/2020, spec., 189 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, 366 ss.; C. IANNELLO, *Riflessioni su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza COVID: dalle limitazioni delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema parallelo di amministrazione extra ordinem*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 96; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia*, cit., 71 ss. Anche il già citato parere del Consiglio di Stato conclude per il superamento dei dubbi di costituzionalità, pur presenti in riferimento al d.l. n. 6 del 2020, ad opera del d.l. n. 19 («la sequenza logico-giuridica degli atti-fonte dispiegati dal Governo (con l'approvazione parlamentare, nella forma della conversione in legge dei decreti-legge) risulta in realtà, a partire dal decreto-legge n. 19 del 2020, conforme alla Costituzione. I decreti del Presidente del consiglio dei ministri si pongono come atti generali a contenuto normativo-regolamentare assimilabili alle ordinanze contingibili e urgenti quanto a temporaneità e quanto ai presupposti giustificativi costituiti da una grave emergenza sanitaria di carattere eccezionale, tale da imporre risposte organizzative e gestionali straordinarie, essendo palesemente e pacificamente impossibile far fronte ad essa con gli ordinari mezzi e strumenti disponibili nel vigente ordinamento giuridico»). Invece, ritengono del tutto incostituzionale il complesso “d.l.”-“.” M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in [Rivista AIC](#), 1/2021, 400 ss.

¹⁵ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, p. 121ss., spec. 123. Nello stesso senso anche B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in [federalismi.it](#), n. 6, 2020, VII.

¹⁶ Cfr. A. MANGIA, *Emergenza, fonti-fatto, e fenomeni di delegificazione temporanea*, in [Rivista AIC](#), 2/2021, spec. 153.

dal Consiglio dei Ministri a norma degli artt. 7, comma 1, lettera c), e 24, comma 1, del d.lgs. n. 1 del 2018, ma il fatto che manchi l'auto qualificazione dell'atto e il riferimento al potere di ordinanza previsto dal codice della protezione civile, è sicuramente un indice importante della consapevolezza in capo all'estensore dei d.p.c.m. che si stava esercitando un potere di ordinanza del tutto diverso rispetto a quello normato dall'art. 25 del codice. D'altronde, va anche osservato, sempre sul piano testuale, che nella dichiarazione dello stato di emergenza nazionale il potere di ordinanza per l'attuazione degli interventi necessari a norma dell'art. 25, del codice era espressamente attribuito al Capo del Dipartimento della protezione civile e non al Presidente del Consiglio dei Ministri che, quindi, non era legittimato dalla delibera del 31 gennaio 2020 ad emanare direttamente atti di gestione della crisi.

Dunque, i d.p.c.m., nelle loro premesse non richiamano il d.lgs. n. 1 del 2018, bensì la sequela, man mano più lunga e articolata, dei decreti-legge emanati dal Governo – e convertiti dal Parlamento – per affrontare l'emergenza sanitaria rispetto ai quali, dunque, si pongono quali provvedimenti attuativi di natura amministrativa generale non normativa¹⁷ anche perché volti a provvedere alla cura degli interessi pubblici specifici e non a porre regole di comportamento destinate a durare e a ripetersi nel tempo. Peraltro, i d.p.c.m. appaiono non innovativi rispetto al contenuto dei vari dd.ll. dei quali assumono natura dichiaratamente attuativa.

La Corte costituzionale con la [sentenza n. 198 del 2021](#) ha espressamente confermato questa ricostruzione notando come, trattandosi di “atti a contenuto tipizzato, le misure attuative del d.l. n. 19 del 2020 si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma delle ‘ordinanze necessitate’ (a contenuto libero), seguito dal codice della protezione civile”, pertanto, “malgrado il punto di intersezione rappresentato dalla dichiarazione dello stato di emergenza, le misure attuative del d.l. n. 19 del 2020 non coincidono, infatti, con le ordinanze di protezione civile, l'emanazione delle quali compete pure al Presidente del Consiglio dei ministri, a norma degli artt. 5 e 25 del d.lgs. n. 1 del 2018”.

Tutto ciò non toglie che mentre si perdeva il conto dei decreti-legge e dei d.p.c.m. adottati dal Governo, la crisi pandemica continuava ad essere affrontata “anche” mediante ordinanze di protezione civile, alcune di grandissima importanza: si è trattato, però, di provvedimenti presi dal Capo del Dipartimento¹⁸ in stretta conformità allo schema previsto dall'art. 25 del codice e in parallelo ai vari decreti del Capo del Governo, adottati, invece, in esecuzione dei decreti-legge governativi.

5. Le ragioni costituzionali della “fuga dal codice della protezione civile”.

Dobbiamo, pertanto, comprendere le ragioni di questa inaspettata fuga dal codice della protezione civile; è bene capire se questo inedito “sistema normativo dell'emergenza pandemica” (rappresentato dalla filiera “decreti-legge”, con le relative leggi di conversione, “d.p.c.m.”) sia stato frutto del caso o di una discrezionale scelta politica o se, piuttosto, non abbia risposto ad una più profonda esigenza costituzionale di tenuta del sistema.

A quasi due anni dall'irrompere della crisi sanitaria si può provare a fare una prima analisi d'insieme su quanto accaduto in riferimento al piano dei rapporti costituzionali. Così, osservando la sequela di provvedimenti intervenuti – sia di natura normativa che amministrativa – ci si avvede come nei primi giorni, quando le informazioni sulla gravità del rischio sanitario erano poche, lontane e frammentarie, si è pensato che sarebbe stato sufficiente intervenire con gli strumenti messi a disposizione dal d.lgs. n. 1 del 2018, ossia con la filiera “dichiarazione dello stato di emergenza nazionale” - “Ordinanze del Capo della protezione civile”. Lo attestano la delibera del Consiglio dei

¹⁷ Come confermano da ultimo il parere del Consiglio di Stato n. 850 del 2021 sopra citato e la [sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2021](#).

¹⁸ Dal 3 febbraio 2020, data della prima ordinanza esecutiva della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale alla fine di settembre 2021, ne sono seguite almeno settantanove.

Ministri del 31 gennaio 2020, il conferimento lì disposto del potere di ordinanza *ex art. 25* al Capo del Dipartimento della Protezione civile e i primi provvedimenti presi da quell'organo. Quando, però, dopo pochi giorni, il paese è stato travolto dalla crisi pandemica in tutta la sua tragica drammaticità, ci si è resi conto che lo strumento delle ordinanze di protezione civile emanate dal Capo del Dipartimento, sia pure a seguito dell'espressa previsione legislativa e dell'autorizzazione data dal Consiglio di Ministri in seno alla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, non sarebbe stato in alcun modo adeguato. Così, già a fine febbraio 2020 si dovette emanare in fretta e furia il d.l. n. 6 perché era evidente che troppe, e troppo pervasive, sarebbero state le misure di contrasto al dilagare del virus limitative delle libertà fondamentali perché la relativa responsabilità potesse gravare su di una struttura interna alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e di un solo Dirigente (ancorché di elevato profilo qual è il Capo del Dipartimento della protezione civile)¹⁹.

La responsabilità di misure così gravi e inedite non poteva che essere innanzitutto politica e come tale doveva essere il Governo nella sua collegialità ad assumerla sulle proprie spalle così come prescrive l'art. 77 Cost.; allo stesso modo, e senza che ciò potesse interferire con le prerogative e le attribuzioni dei singoli ministri²⁰, i provvedimenti concretamente attuativi delle norme contenute negli atti normativi primari non potevano che essere del Presidente del Consiglio in forza della sua attribuzione costituzionale di direzione della politica generale del Governo e la conseguente assunzione di ogni necessaria, responsabilità giuridica e politica²¹.

6. Considerazioni conclusive.

Tirando le fila di queste brevi riflessioni, *de lege lata* il Capo del Dipartimento della protezione civile aveva (ed ha) in mano tutti i poteri per affrontare l'emergenza. Il codice gli attribuiva il potere giuridico di emanare qualsiasi ordinanza «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» in forza della semplice deliberazione dello stato di emergenza nazionale del 31 gennaio 2020. Tuttavia, il d.lgs. n. 1 del 2018 non poteva conferirgli né la forza né la legittimazione politico-costituzionale per agire pienamente. Una crisi sanitaria nazionale, in grado di mettere a repentaglio la vita di milioni di cittadini, di piegare l'economia del paese, di impedire l'esercizio delle libertà fondamentali non poteva essere gestita dal Dipartimento della protezione civile e non per carenze normative o tecnico-organizzative, quanto per esigenze strettamente costituzionali: solo organi dotati di piena responsabilità politica (e, quindi, democratica) potevano farsi carico di atti così gravi; solo organi sottoposti a permanenti controlli politici (del Parlamento) e istituzionali (del Capo dello Stato, della Corte costituzionale, oltre che della magistratura comune ed amministrativa), potevano assumere i provvedimenti necessari.

Tra l'altro, in tutta la fase emergenziale il ruolo di indirizzo politico assegnato dalla Costituzione al Parlamento è rimasto necessariamente in ombra²², aggravando così la marginalizzazione di cui

¹⁹ E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia*, cit., 70, parla di «un'emergenza che per la portata senza precedenti necessitava di un apposito e differente sistema, che come diciamo si pone in una posizione parallela rispetto al TU di protezione civile».

²⁰ Che, infatti, hanno esercitato i propri poteri di ordinanza come quello *ex art. 32*, l. 23 dicembre 1978, n. 833, del Ministro della Salute.

²¹ G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, III, a proposito del Presidente del Consiglio dei Ministri e dei D.P.C.M. da questi adottati, parla criticamente di una «autoassunzione di un potere *extraordinem* che si legittima per via di necessità». F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza Coronavirus*, *ibidem*, 139, dopo aver rilevato come i D.P.C.M. non si collocano in nessuno dei modelli normativi secondari previsti dalla L. n. 400 del 1988, osserva come il continuo ricorso a questa forma di provvedimenti abbia «finito per interessare la stessa forma di governo, collocando la figura del Primo ministro in posizione sovraordinata rispetto a quella dei ministri».

²² Cfr., tra le tante analisi, quella a più voci in *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, a cura di V. Lippolis e N. Lupo, in *Il Filangeri*, 2020. E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili*, in *Quad. cost.*, 2020, 732 s., svolge interessanti riflessioni in merito al rischio che questa concitata fase abbia introdotto ulteriori

l'organo legislativo soffre già da molto tempo nel nostro paese. Si tratta di un aspetto estremamente delicato proprio perché, a fronte delle gravose misure assunte dal Governo per fronteggiare le circostanze, si è avvertita sempre più acuta la necessità di un efficace sistema di controllo democratico ed istituzionale. Numerosi provvedimenti sono criticabilissimi – soprattutto quelli della primissima fase alla quale ha cercato di porre rimedio il decreto-legge n. 19 in cui è stato previsto un migliore canale di collegamento tra Governo e assemblee parlamentari, soprattutto in occasione dell'emanazione dei d.p.c.m. – ma il quadro degli equilibri costituzionali sarebbe stato molto più compromesso se si fosse ritenuto di gestire la crisi mediante le ordinanze di protezione civile, ossia con gli ordinari strumenti emergenziali offerti dal d.lgs. n. 1 del 2018.

La lezione che si può trarre da questa esperienza sta dunque in ciò, che tanto maggiore è la gravità di un'emergenza, tanto più la Costituzione impone di coinvolgere nella sua gestione il vertice politico-istituzionale dello Stato perché accanto alla filiera normativo-attuativa necessaria per fronteggiare la crisi, deve essere attivo il sistema dei controlli politici e delle garanzie costituzionali che il nostro ordinamento assicura.

Il d.lgs. n. 1 del 2018 è stato scritto sulla base delle esperienze maturate in numerose emergenze di protezione civile ma senza poter immaginare quali problematiche di ordine costituzionale sarebbero emerse il giorno in cui, per proteggere la vita dei cittadini, sarebbero stata necessaria la severa compressione dei loro diritti costituzionali sull'intero territorio nazionale e per un tempo imprevedibilmente lungo. Al ricorrere di questa evenienza, davvero *extra ordinem*, la “necessità” è diventata “vera fonte del diritto”²³ capace di provocare la manifestazione di nuove forme del potere del Governo, da fondare e da circoscrivere al contempo, però, nel quadro esistente delle attribuzioni costituzionali *ex art. 77 Cost.*, facendo in ogni caso salve le garanzie – politiche, istituzionali e giuridico-costituzionali – apprestate dalla Costituzione: si tratta di un equilibrio tra i poteri prezioso, del quale dovremmo tenere salda memoria proprio alla luce della tragica esperienza dalla quale siamo stati inaspettatamente e tragicamente investiti.

elementi di distorsione della nostra forma di governo in danno della originaria centralità parlamentare destinati a permanere anche dopo il termine dell'emergenza pandemica.

²³ S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, cit., 375.

John Diamond*

**Brexit, Devolution and the constitutional implications for the UK:
*Prospects for change*****

ABSTRACT: *The following six points provide a useful framework to explore the current (and potentially future) constitutional tensions within the UK as a result of both Brexit and the Devolution Deals introduced by the Labour Government elected in 1997.*

Point one: Devolution addressed constitutional innovations in part but missed the big challenge for the whole of the UK

There are three important dimensions to the Devolution debate in the UK since 1945. They are all linked but have not been sufficiently addressed by politicians of either of the major parties. Firstly, the UK is a highly centralised state. The administrative sub units below Parliament (local Government) are legally dependent on their existence to Parliament. They do not have legal or political autonomy. This is crucial in understanding or assessing the relationship between Parliament and the cities, towns and regions of the UK. The primacy of Parliament in effect the House of Commons) is central to examining what and why Devolution took place. The UK is not a federal state where power and decision making at the region or local level is secured and protected through legal and constitutional rights. Secondly, the different patterns, structures and responsibilities to be found in the three settlements after 1997 confirm this: Scotland has a Parliament and the right to raise taxes whereas Wales and Northern Ireland have Assemblies with limited powers and responsibilities. Thirdly, the 1997 Devolution initiatives were mixed in what they were responding to. In Scotland there was a recognition that there existed a broad alliance in favour of a separate set of arrangements and Devolution was designed to limit independence. In Wales there is a nationalist movement but not yet a sufficiently influential coalition of interests to make the same case in Scotland. Northern Ireland had been given a constitutional settlement in 1921 but it was one which did not have widespread community support. The Peace Process was intended to limit moves for full independence by creating a new structure based on power sharing; changes to the constitutional arrangements in the Irish Republic and continued membership of the European Union to secure economic and social investment.

The big challenges all of these missed were both the constitutional settlement of England and the primacy of Parliament to change the rules and processes by which each of the devolved nations operated.

Point Two: Devolution ignored the Empire Question but Brexit faced it directly

The focus on the primacy of Parliament and the reluctance (or opposition) to federal solutions are reminders that the UK are reluctant (at best) to change their structures or at least the underpinning power and authority which gives them legitimacy. Arguably we can trace this back over the last 300 plus years and, importantly, the rise of empire. The creation of the UK was (and is) an artificial construct. It reflected the dominance of the English over the Scots, Welsh and Irish. Acts of union

* John Diamond is Emeritus Professor of Public Policy and Professional Practice at Edge Hill University where he was the founding director of one of its three cross university research and Knowledge Exchange institutes (Institute for Public Policy and Professional Practice). He is a co-editor of two book series (one for Emerald in Critical Perspectives in International Public Sector Management and the other for Springer on University – Community Policy Connections) and is co-editor for Sage of Teaching Public Administration. He is currently finishing co-editing the International Handbook on Teaching Public Administration to be published in 2022.

** Essay published in accordance with art. 3, paragraph 14, of the Journal's regulations.

gave a cover for the creation of the *United Kingdom* but it remains a incomplete set of arrangements with contradictory policies and processes in place. In some respects this can be viewed as a microcosm of empires. The dominant power establishes authority and maintains that through different strategies (from coercion to cooperation) and over time loses legitimacy and power.

A key contradiction in the settlements after 1997 was the acceptance that whilst the devolved nations might have responsibility for services (especially health and social care) those same services in England were subject to regulation and control by Parliament in which sat MPs from the devolved nations: as an MP from Scotland you could decide on the health policy of England but not the other way around. This unresolved puzzle illustrates how resistant politicians from across both parties were to follow the logic of Devolution. Advocates of Brexit understood this. And their campaign was one which focussed on a return to the idea of the UK being a sovereign state and so, they are opposed to the ‘break up ‘ of the UK through independence movements.

Point three: UK Devolution logic calls for an English Assembly or Parliament

There is no systematic approach to the Devolution approach adopted by UK political leaders (and their advisers) and the inconsistencies are very clear. The primary focus has been to ensure that Parliamentary sovereignty and oversight remains. In this approach certain institutions remain unchanged (the House of Commons and the House of Lords) and whilst some changes have been adopted (the UK now has a separate from the House of Lords Supreme Court and there have been changes in who sits in the House of Lords) essentially the authority of the House of Commons has not been checked. Electing the House of Lords might be seen as containing the House of Commons. This failure to act on the logical inconsistencies suggests that, at best, the logic of reforming the House of Commons is appreciated but resisted or that the inconsistencies are not recognised or appreciated. My own view is that they are and they are resisted.

Point four: Cities and city regions are the limited but acceptable solution for Devolution in England

Successive UK governments have experimented with different approaches to devolving greater responsibility for services and planning to regions in England. Both major political parties have adopted measures which focus on administrative devolving of authority whilst retaining power in London. The unit by which these approaches have been based has varied significantly over the last fifty plus years in the UK from small geographical units (a neighbourhood) to slightly bigger ones (a city) to larger ones still (city region). Currently, since 2010, the UK but really England have a number of ‘city regions’ with locally elected mayors and with defined responsibilities. To make it more confusing not all city regions have the same powers. Modelled on how the local governance of London works this new approach has, already, led to some unintended consequences. It was assumed that by limiting the powers of the elected mayors they would have to focus on meeting their legal duties and be politically contained. Covid 19 has changed that. Elected mayors in England covering the big centres of population have been speaking out about the Government’s policies and actions. So whilst they have no legal duty to act they have focussed on the impact on the economy and social questions (poverty, jobs, quality of life). The city regions are not a substitute for an English assembly. But, they do provide another example of inconsistent policy making and design.

Point five: Brexit

There are issues which are necessary to reflect on when trying to understand Brexit. Firstly, whatever the global examples of declining trust in political institutions and civic leaders and agencies

from Trump to Orban Brexit is a domestic dispute. Essentially, it is an internal conflict within the ruling Conservative Party which has led to the resignation or electoral defeat of the last four Conservative Prime Ministers (including Margaret Thatcher but not yet including Boris Johnson). This internal ‘family’ conflict which has split the Conservative Party following the Brexit referendum could yet lead to a more profound split. Secondly, the Labour Party too split over Europe in the late 1970s/ early 1980s. Some have suggested that this split resulted in Labour being out of office between 1979 – 1997. What, perhaps, marks the difference between these two parties is that the Conservative split took place whilst it was in office and continues to the present.

Thirdly, the rise of anti EU sentiments can be understood by the social and economic experiences of many people in the UK. The advantages of membership (free trade, movement of labour and social policies) were not recognised or fully appreciated. The core message of the Brexit lobby of loss of sovereignty and their message which accentuated difference and race were designed to distort the values of membership. This anti EU feeling is not restricted to the UK. The impact of the Global Financial Crash on the economies of EU members led to austerity measures being imposed on member states (especially Greece. Resistance to these and, also, to some of the new liberal reforms were opposed across the EU.

Finally what the Brexit campaigners were able to achieve significantly was not the victory in the referendum but the referendum itself. Winning that struggle within the Conservative Party demonstrated that a vote to leave should have been seen as likely not a surprise. Brexit caught a sense of grievance and worked on that. Like many populist campaigns it ‘spoke in a language which ordinary people related to ‘and they voted. The anti Brexit campaigners had failed (over a long time) to make the case for membership. For this reason and for no other winning a vote to rejoin will take a long time as well as needed EU support.

Point six: The Northern Ireland protocol

The point we are now at illustrates the analysis offered above. On one side of our understanding is that the Peace Process in the late 1990s was about securing a solution which sat within the EU. One way of ‘normalising ‘difficult situations is to make the day to day ordinary (free movement of goods and services and labour does that including living in one state but working in another). From ordinary it may be possible to work at lessening tensions and violence. On the other side Brexit was all about resurrecting borders and with them controls. So whilst the UK government said it wanted to minimise border controls this was not accepting the outcome of the vote to leave. It might be that some political leaders campaigning for Brexit were naïve but what is not in question is that they failed to take account of the practical / political implications of leaving. Finally there is an irony too that England voted to leave but Northern Ireland and Scotland voted to stay.

Summary and implications

It will take some time (possibly 20 – 30 years) before the UK is ready to vote to rejoin the EU. In the meantime three possible developments are:

- Scotland votes for independence
- Ireland votes for a united country
- EU loses more members

Francesco Torre
La prima volta non si scorda mai:
le sentenze “additive di prestazione” approdano a Lussemburgo
(a margine della decisione della Corte di Giustizia nel caso Cresco Investigation)*

ABSTRACT: *The paper analyses [the Court of Justice judgment of 22 January 2019](#) about non-discrimination principle. Looking back at the Luxembourg case law on direct effect in horizontal disputes, the progressive emergence of the Nice Charter, now the main parameter of legitimacy in the Court's decisions, is highlighted.*

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La prima fase tra direttive e principi: la decisione *Mangold*. – 3. Da *Küçükdeveci* a *Dansk Industri*: il cammino prosegue. – 4. La Carta in primo piano nel caso *Egenberger*. – 5. Il test per la Carta perfezionato in *Max Planck e Bauer e Broßonn*. – 6. Tempi duri per le “rime obbligate”: convergenze tra Roma e Lussemburgo. Una Corte di Giustizia all’italiana?

1. Il caso.

Il principio di non discriminazione rappresenta da sempre «un pilastro dell’integrazione europea»¹; formidabile *passpartout* nelle mani della Corte di Giustizia, la quale, servendosene, è riuscita nel tempo ad ampliare il proprio raggio di azione sino a conferire a tale principio efficacia diretta orizzontale².

Come è noto, l’elaborazione della dottrina dell’effetto diretto³ rappresenta «il nucleo dell’originalità e dell’autonomia del diritto UE»⁴, consentendo alle norme di derivazione comunitaria – oggi eurounitaria – di penetrare negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, senza il previo recepimento dei legislatori nazionali⁵. Affinché il giudice interno possa direttamente applicare la norma europea⁶ è, però, necessario che essa contenga un obbligo «giuridicamente perfetto»⁷: deve essere chiaro, preciso e incondizionato. Sebbene sia sempre stata pacifica l’applicabilità di tale dottrina nei rapporti c.d. verticali, ovvero tra soggetto privato e Stato, è

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Cfr. M. E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull’effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quad. cost.*, 3/2020, 641.

² Tale riconoscimento è avvenuto, per la prima volta, nella decisione della Corte di Giustizia, 22 novembre 2005, Werner Mangold contro Rudiger Helm, C-144/04, sulla quale si segnala il commento di R. CALVANO, *Il caso “Mangold”: la Corte di Giustizia afferma (senza dirlo) l’efficacia orizzontale di una direttiva comunitaria non scaduta?*, in *Rivista AIC*, 10 aprile 2006.

³ A partire dalla sentenza della Corte di Giustizia, 5 febbraio 1963, NV Algemene Transport-En Expeditie Onderneming Van Gend en Loos e l’Amministrazione olandese delle imposte, C-26/62.

⁴ Espressione di D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, 351.

⁵ ... ad eccezione dei Trattati che «richiedono di essere eseguiti con le forme costituzionalmente previste»: a ricordarlo è A. RUGGERI, *Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione*, Relazione all’incontro di studio su *L’effetto diretto delle fonti dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell’Unione e fonti interne*, Messina 5 maggio 2015, in M. Distefano (a cura di), Napoli, 2017, 65 ss., nonché in *Rivista AIC*, 2/2015, 15 maggio 2015, 5. Lo stesso A. ha, nondimeno, proposto, in prospettiva *de iure condendo*, di estendere ai Trattati eurounitari il meccanismo dell’adattamento automatico in A. RUGGERI, *Per un adattamento automatico dell’ordinamento interno ai trattati “eurounitari”*, in *Rivista AIC*, 2/2014.

⁶ ... previamente disapplicando, o meglio “non applicando”, la norma interna. Come sostenuto da attenta dottrina, infatti, «la diretta applicazione della norma europea sembra essere un’operazione *conseguente* al crearsi di un vuoto normativo»: così 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, 446.

⁷ Cfr. D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell’Unione Europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2019, 6 il quale, a sua volta, richiama il punto 26 della sentenza della Corte di Giustizia, 27 giugno 1989, Heinz Kühne contro Finanzamt München III, C-50/88.

soltanto a partire dalla sentenza *Defrenne*⁸ che si è ritenuta invocabile una norma comunitaria, da parte di un soggetto privato, nei confronti di un altro privato (c.d. effetto diretto orizzontale).

Il divieto di discriminazione rappresenta il *fil rouge* che lega la giurisprudenza europea in tema di effetto diretto: è, infatti, attraverso l'utilizzo di tale principio che la Corte di Giustizia ha riconosciuto l'applicabilità diretta orizzontale delle norme dei Trattati, prima, dei principi generali dell'Unione, poi, e da ultimo delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, evoluzione questa, che verrà approfondita nel prosieguo del presente commento.

L'ultima tessera di questo «puzzle»⁹ è rappresentata dalla pronuncia *Cresco*¹⁰ che ha aperto «scenari inediti sulla tutela dei diritti»¹¹. La decisione in commento trae origine da un rinvio ai sensi dell'art. 267 TFUE da parte dell'*Oberster Gerichtsof*, la Corte suprema austriaca: la vicenda sorge a seguito della richiesta del sig. Markus Achatzi, lavoratore dipendente della Cresco Investigation, di pagamento dell'indennità aggiuntiva prevista in occasione del Venerdì santo dalla legge austriaca, l'*Arbeitsruhegesetz* (in prosieguo: l'«ARG»), per gli appartenenti alle Chiese evangeliche di confessione augustana e di confessione elvetica, alla Chiesa vetero-cattolica ed alla Chiesa evangelica metodista. L'art. 7, co. 3, dell'ARG prevede, invero, che il Venerdì Santo sia considerato come giorno festivo unicamente per i membri di tali Chiese, i quali, conseguentemente, hanno diritto ad una retribuzione supplementare qualora prestino attività lavorativa (art. 9, co. 5, ARG). Il sig. Achatzi, che non apparteneva ad alcuna delle suddette confessioni, adiva la competente autorità austriaca al fine di ottenere il pagamento da parte del suo datore di lavoro di tale indennità da giorno festivo, ritenendo di aver subito una discriminazione per motivi religiosi per avere egli lavorato il 3 aprile 2015 – appunto il Venerdì santo – senza percepire la suddetta retribuzione supplementare.

Esperito negativamente il primo grado di giudizio, il sig. Achatzi vedeva accolta la sua domanda in appello; la Cresco Investigation era, così, costretta ad impugnare la sentenza di secondo grado presso la Corte suprema austriaca.

Investita di tale questione, l'*Oberster Gerichtsof* dubitava che la legislazione interna fosse compatibile con l'art. 21 della Carta e con gli artt. 1 e 2, par. 2, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, la quale stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. In particolare, con le prime tre questioni pregiudiziali – «di ordine sostanziale»¹² – il giudice austriaco interrogava la Corte di Giustizia sulla sussistenza di una discriminazione diretta fondata sulla religione nel caso di una normativa, come quella austriaca, in virtù della quale «il Venerdì santo è un giorno festivo solo per i lavoratori appartenenti a talune chiese cristiane [e, conseguentemente, soltanto] tali lavoratori hanno diritto, se chiamati a lavorare in tale giorno festivo, a un'indennità per giorno festivo»¹³. Nel caso in cui fosse stata ravvisata una siffatta discriminazione, la Corte austriaca chiedeva se tali misure potessero essere ritenute ugualmente conformi «ai principi dettati dal diritto dell'Unione in materia»¹⁴, come previsto dagli artt. 2, par. 5, e 7 della direttiva 2000/78/CE.

Punto di partenza dell'analisi del giudice europeo risiedeva nella definizione di discriminazione diretta fornita dalla direttiva invocata; sussiste, infatti, tale tipo di discriminazione quando, per motivi di religione o di convinzioni personali, di handicap, di età o di tendenze sessuali, «una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga» (art. 2, par. 2).

⁸ Corte di Giustizia, 8 aprile 1976, Gabrielle Defrenne contro Sabena, C-43/75.

⁹ Espressione di M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, in *Quad. cost.*, 2/2019.

¹⁰ [Corte di Giustizia, 22 gennaio 2019, Cresco Investigation GmbH contro Markus Achatzi, C-193/17.](#)

¹¹ Così A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 21.

¹² Espressione di M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, cit., 460.

¹³ Punto 35 sentenza *Cresco*.

¹⁴ Così A. CAPROTTI, *Il ruolo attivo del giudice nazionale con riferimento alla concreta applicazione del principio europeo di non discriminazione sul luogo di lavoro*, in *DPCE on line*, 2/2019, 1725.

Dopo aver verificato l'esistenza di una differenza di trattamento fondata «direttamente sulla religione dei lavoratori»¹⁵, i giudici del Kirchberg si preoccupavano di verificare se tale disparità attenesse a lavoratori che versassero in una situazione analoga: nel caso di specie la previsione di un giorno festivo per una determinata categoria di lavoratori dipendeva unicamente dal legame degli stessi ad una specifica Chiesa, senza essere subordinata «alla condizione dell'adempimento, da parte del lavoratore, di un obbligo religioso determinato nel corso di tale giornata»¹⁶. Il *discrimen* in merito alla concessione di tale indennità da giorno festivo atteneva, quindi, alla mera appartenenza formale del lavoratore ad una determinata comunità religiosa, non differenziandosi la posizione di questi rispetto ad un altro lavoratore che non godeva dei vantaggi previsti dall'ARG.

Acclarata l'esistenza di una discriminazione diretta fondata sulla religione, la Corte di Giustizia verificava, altresì, che tale misura non potesse essere considerata necessaria alla preservazione dei diritti e delle libertà altrui (art. 2, par. 5, direttiva 2000/78/CE) in quanto i fedeli appartenenti alle comunità religiose diverse da quelle tutelate dall'art. 7 dell'ARG, per poter adempiere ai propri riti religiosi, dovevano chiedere la concessione di un giorno festivo al proprio datore di lavoro, il quale era unicamente gravato da un «dovere di sollecitudine»¹⁷. La misura prevista dalla normativa austriaca non poteva neanche essere considerata come destinata a compensare svantaggi correlati alla religione (art. 7 direttiva 2000/78/CE) considerato che la stessa era carente di proporzionalità ed adeguatezza nel compensare l'ipotetico svantaggio derivante dall'essere il Venerdì santo un giorno festivo unicamente per quelle Chiese.

Non potendosi giustificare la disparità di trattamento cagionata dall'applicazione dell'ARG con le deroghe previste dalla direttiva 2000/78/CE, veniva in esame la quarta questione pregiudiziale, con la quale si procedeva ad analizzare le conseguenze giuridiche derivanti dall'acclarato contrasto tra la normativa austriaca e l'ordinamento europeo. Nell'individuare gli effetti «di natura ordinamentale»¹⁸, prodotti dal contrasto in questione, la Corte di Giustizia compieva «una svolta "qualitativamente" diversa e molto importante»¹⁹ in tema di efficacia diretta orizzontale del principio di non discriminazione.

Prima di occuparsi della portata innovativa del *decisum* del giudice europeo devono, nondimeno, necessariamente «mettersi a posto» le tessere del puzzle dell'effetto diretto, riavvolgendo il nastro della ... giurisprudenza.

2. La prima fase tra direttive e principi: la decisione Mangold.

La giurisprudenza in tema di efficacia diretta orizzontale delle norme del diritto comunitario ha sempre viaggiato su un binario più lento rispetto a quello percorso in tema di rapporti c.d. verticali, quasi che un velato timore serpeggiasse a Lussemburgo, nonostante il sistema delineato «appaia coerente con la logica della *primauté*»²⁰.

La possibilità che una fonte estranea all'ordinamento nazionale possa regolamentare i rapporti *inter privatos* viene tutt'oggi spesso percepita come una «indebita invasione»; la Corte di Giustizia, così, è sempre stata attenta «a muoversi con grande cautela»²¹, come se volesse evitare di aprire un

¹⁵ Punto 40 sentenza *Cresco*.

¹⁶ Punto 46 sentenza *Cresco*.

¹⁷ Punto 60 sentenza *Cresco*.

¹⁸ Espressione di M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, cit., 460.

¹⁹ Così A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, cit., 25.

²⁰ Così G. VITALE, *Effetti diretti "orizzontali" dei principi generali del diritto dell'Unione Europea*, in *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, in M. Distefano (a cura di), Napoli, 2017, 52.

²¹ Cfr. G. SORRENTI, [CDFUE e rapporti inter privatos ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi»? \(ancora sulla doppia pregiudizialità...passando per Saint Exupery\)](#), in questa *Rivista*, Studi 2021/I, 6.

fronte di conflitto²² con le Corti nazionali su di un versante «decisamente più complesso»²³ rispetto a quello degli effetti c.d. verticali.

Il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali è stato, quindi, per lungo tempo negato dai giudici di Lussemburgo; nonostante un primo, timido, approccio sia avvenuto con la citata sentenza *Defrenne*²⁴, soltanto a partire dalla discussa pronuncia nel caso *Mangold* è possibile rinvenire una più compiuta elaborazione di tale dottrina.

Come è già stato anticipato, è il principio di non discriminazione a rappresentare la chiave di volta nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte. Anche nel caso da ultimo citato, la questione pregiudiziale veniva sollevata in merito alla compatibilità della normativa tedesca, in tema di stipula di contratti di lavoro a tempo determinato, con la direttiva 2000/78/CE, e segnatamente con il principio di non discriminazione in ragione dell'età che la stessa prevede. In particolare ad essere sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia era l'art. 14, par. 3 della legge sul lavoro a tempo parziale (TzBfG), con il quale si era abbassato il limite di età, per la stipula di contratti a tempo indeterminato, da cinquantotto a cinquantadue anni.

Apparentemente senza mettere in discussione il proprio consolidato orientamento²⁵, secondo il quale le direttive non possono essere fatte valere nei rapporti tra privati²⁶, i giudici del Kirchberg rilevavano l'incompatibilità della normativa teutonica direttamente con il principio di non discriminazione in ragione dell'età, che ha natura del tutto autonoma ed indipendente dall'esistenza della direttiva in questione. Questa, in realtà, stabilisce unicamente un quadro generale per la lotta alla discriminazione, non sancendo «essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro»²⁷. Tale principio, difatti, trova la sua fonte «in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»²⁸ e deve, pertanto, essere considerato un principio generale del diritto comunitario, suscettibile di applicazione diretta da parte del giudice interno, il quale, per assicurarne la piena efficacia, deve disapplicare ogni contraria disposizione di legge nazionale.

La Corte di giustizia riconosceva, quindi, la capacità di produrre effetti diretti verso terzi in capo ai principi generali dell'ordinamento europeo, senza tuttavia esplicitare i criteri in base ai quali «fosse possibile sancire la diretta efficacia di un principio generale»²⁹.

²² L'immagine di un rapporto bellicoso esistente tra le Corti nazionali e sovranazionali è sovente evocata in dottrina; in particolare l'utilizzo di termini afferenti alla tematica della guerra è spesso apparsa nella descrizione del caso *Taricco* sul quale, tra al sterminata letteratura presente, se si vuole, si rinvia al mio F. TORRE, *Taricco iactum est ovvero l'incidenza della Saga Taricco nel processo costituente europeo*, testo rielaborato della comunicazione presentata al Seminario Italo-spagnolo, IV Congresso internazionale su *Prospettive del costituzionalismo contemporaneo*, Murcia (Spagna), 28-30 novembre 2018, in *Derecho fundamentales*, in C. Montesinos Padilla (a cura di), vol. II, *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, in A. Pérez Miras, G.M. Teruel Lozano, E.C. Raffiotta, M.P. Iadicicco (a cura di), Madrid, 2020, 81 ss., nonché, in versione maggiormente approfondita, in Dirittifondamentali.it, 1/2019, 13 aprile 2019.

²³ Così A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, cit., 56.

²⁴ Nella quale «la Corte ha rilevato come il diritto alla parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile, diritto discendente dal principio sancito dall'art. 119 del Trattato CEE (divenuto art. 157 TFUE), possa essere esercitato dinanzi ai giudici nazionali, indipendentemente dalla circostanza che venga in rilievo un datore di lavoro pubblico o privato»: a ricordarlo è G. VITALE, *Effetti diretti "orizzontali" dei principi generali del diritto dell'Unione Europea*, cit., 51.

²⁵ Elaborata a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia 26 febbraio 1986, M. H. Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching), C-152/84.

²⁶ ... «in quanto atti rivolti agli Stati, esse sono opponibili soltanto a questi ultimi»: così M. E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, cit., 637.

²⁷ Punto 74 sentenza *Mangold*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ A sollevare questo dubbio è A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte Costituzionale a confronto*, cit., 456. Tale perplessità è stata, altresì, manifestata da N. LAZZERINI, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Küçükdeveci*, in *Riv. di dir. int.*, 2/2010, 445 e da F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in Federalismi.it, 10/2019, 22 maggio 2019, 8.

3. Da *Kücükdeveci* a *Dansk Industri*: il cammino prosegue.

A fare maggiore chiarezza in merito al binomio principio-direttiva³⁰ provvede la successiva sentenza *Kücükdeveci*³¹, che rappresenta il naturale prosieguo del cammino inaugurato con *Mangold*. Anche nel caso in questione a venire in rilievo era il principio di non discriminazione in base all'età, parametro in virtù del quale la Corte di Giustizia rilevava l'incompatibilità del par. 622, n. 2, co. 2 del codice civile tedesco (BGB), che prevedeva di non calcolare, ai fini del computo del termine di preavviso del licenziamento, il periodo di lavoro svolto prima del venticinquesimo anno di età.

L'analogia con la fattispecie all'origine del caso *Mangold* è evidente: l'approdo cui giungevano i giudici di Lussemburgo non poteva, quindi, che essere una «logica conseguenza»³² di tale pronuncia. Pur seguendo il medesimo iter argomentativo e ribadendo, pertanto, l'esistenza di un principio generale di non discriminazione suscettibile di immediata applicazione ad opera del giudice nazionale, in *Kücükdeveci* si precisa con maggiore chiarezza il rapporto tra direttiva e principio, conferendo la direttiva «espressione concreta»³³ al principio.

Come è stato evidenziato da attenta dottrina, la ricostruzione ermeneutica della Corte, in realtà, sembra essere un vero e proprio «*escamotage*»³⁴ per aggirare l'ostacolo rappresentato dalla impossibilità per le direttive di produrre effetti diretti orizzontali: sebbene a ricevere diretta applicazione fosse formalmente il principio generale, in sostanza, ad avere effetto diretto sarebbe «la direttiva, che ha un ruolo essenziale nel riempire di contenuto concreto»³⁵ tale principio.

Restava, invece, ancora irrisolto il nodo relativo ai parametri in base ai quali la Corte di Giustizia possa dichiarare direttamente applicabile un principio generale. Sul punto la dottrina è tutt'oggi divisa: una parte fa discendere l'applicabilità di tali principi a condizione che siano concretizzati in norme incondizionate di una direttiva³⁶; sembra, però, preferibile l'opinione³⁷ di chi ritiene che «i requisiti per la produzione dell'effetto diretto»³⁸ debbano essere soddisfatti direttamente dalla fonte primaria, utilizzando, probabilmente, i medesimi criteri impiegati per le disposizioni dei Trattati. L'assenza di tali requisiti implica che il principio generale – o una norma della Carta (per come si vedrà meglio *infra*) – non possa essere “integrato” dal contenuto, pur incondizionato, di una direttiva. Tale orientamento ha trovato conforto nelle successive pronunce della Corte di Giustizia,

³⁰ Espressione di L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2018, 709.

³¹ Corte di Giustizia, 19 gennaio 2010, Seda *Kücükdeveci* contro *Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07.

³² Opinione di N. LAZZERINI, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Kücükdeveci*, cit., 446. Ritiene, invece, esserci «un'irriducibile diversità tra il precedente *Mangold* e il caso in oggetto» S. LORENZON, *La Corte di giustizia e il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali delle direttive comunitarie: il caso Kücükdeveci*, in *Quad. cost.*, 2/2010, 442.

³³ Punto 21 sentenza *Kücükdeveci*.

³⁴ Espressione di G. SORRENTI, [CDFUE e rapporti inter privatos ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi»? \(ancora sulla doppia pregiudizialità...passando per Saint Exupery\)](#), cit., 7.

³⁵ Cfr. M. E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, cit., 637.

³⁶ Aderisce a tale orientamento A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, cit., 56; S. LORENZON, *La Corte di giustizia e il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali delle direttive comunitarie: il caso Kücükdeveci*, cit., 442; G. SORRENTI, [CDFUE e rapporti inter privatos ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi»? \(ancora sulla doppia pregiudizialità...passando per Saint Exupery\)](#), cit., 7. Sembra accedere a tale tesi anche M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, cit., 459.

³⁷ Tra tutti si segnala, in particolare, la riflessione di N. LAZZERINI, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Kücükdeveci*, cit., 446.

³⁸ Cfr. N. LAZZERINI, *Causa C-176/12 Association de médiation sociale: la Corte di Giustizia rompe (...in parte) il silenzio sugli effetti orizzontali della Carta*, in [Diritti Comparati](#), 3 marzo 2014, 5 e ss.

in *primis* in *Ams*³⁹, a ciò sollecitata dalle divergenti conclusioni prospettate dagli Avvocati Generali⁴⁰.

È stato fatto, però, attentamente notare che in mancanza di una normativa di natura derivata, la fonte primaria, nonostante astrattamente suscettibile di applicazione immediata, non possa produrre effetti diretti, in quanto non *free-standing rule*. Tale fonte risulterebbe, così, esclusa dall'«ambito di applicazione del diritto dell'Unione»⁴¹: è l'esistenza della direttiva che, infatti, «consente di far ricadere la fattispecie nel cono d'ombra del diritto»⁴² eurounitario, fungendo da cd. «norma trigger»⁴³. Proprio nel caso *Küçükdeveci* è la stessa Corte a riconoscere alla direttiva tale funzione, avendo avuto l'effetto «di far entrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale»⁴⁴.

Sotto il profilo formale l'adozione di una direttiva non rappresenta, quindi, la *condicio sine qua non* affinché possa invocarsi in una controversia orizzontale un principio generale, ma, dal punto di vista sostanziale, è necessaria affinché crei «il campo di applicazione»⁴⁵ per tale principio. Esiste, pertanto, un rapporto di «mutuo benefico»⁴⁶ tra la fonte primaria e quella di natura derivata, che necessitano reciprocamente l'una dell'altra: ciò tanto per i principi generali, quanto per le norme della Carta, per come si vedrà meglio in seguito.

La pronuncia *Küçükdeveci* appare, altresì, degna di nota perché il binomio principio-direttiva veniva arricchito di un ulteriore elemento, aggiungendosi, così, un'altra tessera al puzzle dell'effetto diretto. Per la prima volta, infatti, si faceva riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – il cui valore giuridico era stato da poco equiparato⁴⁷ a quello dei Trattati (art. 6, par. 1, TUE) – al cui art. 21, par. 1, viene riconosciuto il divieto di qualsiasi forma di discriminazione, anche in ragione dell'età.

La Carta, però, in questa prima fase, viene impiegata come mero “richiamo” normativo, fungendo da «ulteriore fondamento»⁴⁸ per il principio di non discriminazione in base all'età e non come effettivo parametro di legittimità. Anche nella successiva sentenza *Dansk Industri*⁴⁹ i giudici di Lussemburgo si limitavano unicamente a utilizzare «in controluce»⁵⁰ la Carta, rimanendo il binomio principio-direttiva il fulcro della motivazione.

La scelta ermeneutica compiuta dalla Corte di Giustizia veniva salutata con alcune perplessità dalla dottrina⁵¹, che, tuttavia, si sforzava di evidenziare che tale decisione del giudice europeo avrebbe potuto essere spiegata in quanto i fatti all'origine dei casi *Küçükdeveci* e *Dansk Industri* erano antecedenti all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non essendo quindi la Carta

³⁹ Punto 49 della sentenza della Corte di Giustizia, 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale (AMS) contro Union locale des syndicats (CGT), Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT)*, C-176/12.

⁴⁰ Ci si riferisce al punto 76 e ss. delle Conclusioni dell'AG. Pedro Cruz Villalón presentate in data 18 luglio 2013 per la Causa *Ams*.

⁴¹ Punto 23 sentenza *Küçükdeveci*.

⁴² Opinione di F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, cit., 9.

⁴³ Espressione di N. LAZZERINI, *Causa C-441/14 Dansk Industri (DI). La Grande sezione della Corte di giustizia conferma l'efficacia diretta orizzontale del principio generale di non discriminazione in base all'età*, in [Osservatorio sulle fonti](#), Rubriche dell'anno 2016 – Fonti dell'Unione europea e internazionali (2/2016).

⁴⁴ Punto 25 sentenza *Küçükdeveci*.

⁴⁵ Cfr. N. LAZZERINI, *Causa C-176/12 Association de médiation sociale: la Corte di Giustizia rompe (...in parte) il silenzio sugli effetti orizzontali della Carta*, cit., 6.

⁴⁶ Così L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in [Federalismi.it](#), 10/2019, 22 maggio 2019, 9.

⁴⁷ ... con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 entrato in vigore l'1 dicembre 2009.

⁴⁸ Cfr. M. E. GENUSA, *Libertà religiosa collettiva e principio di non discriminazione nel sistema 'costituzionale' dell'Unione europea*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 2/2019, 31.

⁴⁹ Corte di Giustizia, 19 aprile 2016, *Dansk Industri contro Successione Karsten Eigil Rasmussen*, C-441/14.

⁵⁰ Cfr. L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, cit., 709.

⁵¹ ... ritenuta «insoddisfacente» da F. FONTANELLI, *I principi generali dell'ordinamento UE dopo Küçükdeveci. Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, in *Riv. it. di dir. pubbl. com.*, 5/2010, 1154.

«applicabile *ratione temporis* come fonte vincolante del diritto dell'Unione Europea»⁵². Lo sviluppo di tale ragionamento portava ad immaginare che, nell'ipotesi di cause instaurate sotto la vigenza di tale Trattato, si sarebbe ragionevolmente avuto un futuro impiego primario della Carta: da semplice comparsa ad attrice principale nelle controversie orizzontali, con la conseguente disapplicazione della normativa nazionale che si fosse posta in contrasto con essa.

Non sempre gli auspici della dottrina trovano prontamente riscontro nell'elaborazione giurisprudenziale, in particolar modo in ambito europeo, presidiato da un delicato sistema di equilibri al fine di resistere alle incessanti spinte che mettono costantemente sotto *stress* il sistema. Eppure la previsione dei più attenti commentatori si avverava: si assisteva, infatti, «alla progressiva emersione della Carta»⁵³ nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, con la corrispondente marginalizzazione del binomio principio-direttiva.

4. La Carta in primo piano nel caso Egenberger.

La svolta tanto attesa avveniva pochi anni dopo con la decisione *Egenberger*⁵⁴ – seguita immediatamente dalle pronunce *Ir*⁵⁵ e *Hein*⁵⁶ – con la quale veniva inaugurata la nuova fase del cammino europeo, ed è proprio il divieto di discriminazione a rappresentare il *trait d'union* in questo lungo percorso. Anche in tale caso, infatti, ad essere oggetto della questione pregiudiziale sollevata dalla Corte federale del lavoro tedesca (*Bundesarbeitsgericht*) era la compatibilità con il principio di non discriminazione, questa volta per motivi religiosi, dell'art. 9, par. 1, della legge generale sulla parità di trattamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* o *AGG*). La questione sorgeva a seguito della richiesta di risarcimento danni avanzata da parte della sig.ra Vera Egenberger, ritenendo di essere stata essa discriminata durante la selezione per un posto di lavoro offerto dalla *Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, associazione di diritto privato collegata alla Chiesa evangelica tedesca.

La Corte di Giustizia, nel riconoscere la fondatezza della tesi della ricorrente, obbligava il giudice nazionale⁵⁷ alla disapplicazione della normativa interna in virtù del contrasto, non più con un principio generale, ma direttamente con le norme della Carta e, specificatamente, con gli artt. 21 e 47. Nella motivazione della sentenza *Egenberger* non si ritrova, invero, alcun «riferimento alla efficacia della direttiva, e anche i principi generali giocano un ruolo secondario»⁵⁸, utilizzandosi come parametro di legittimità unicamente la Carta dei diritti.

La rivoluzione copernicana compiuta dalla pronuncia *Egenberger*, in realtà, affonda le sue radici in un cruciale passaggio di un'antecedente pronuncia: la decisione *Ams*⁵⁹, in precedenza citata. Nel caso in questione, difatti, la Corte di Giustizia motivava la scelta di escludere la diretta applicabilità dell'art. 27 della Carta – norma oggetto di tale decisione – chiarendo *a contrario* che l'art. 21 avrebbe potuto essere invocato da un soggetto privato, in una controversia orizzontale, in quanto «di

⁵² Così N. LAZZERINI, *Causa C-441/14 Dank Industri (DI)*. La Grande sezione della Corte di giustizia conferma l'efficacia diretta orizzontale del principio generale di non discriminazione in base all'età, cit.

⁵³ Cfr. L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, cit., 709.

⁵⁴ Corte di Giustizia, 17 aprile 2018, Vera Egenberger contro Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, C-414/16.

⁵⁵ Corte di Giustizia, 11 settembre 2018, Ir contro Jq, C-68/17.

⁵⁶ Corte di Giustizia, 13 dicembre 2018, Torsten Hein contro Albert Holzkamm GmbH & Co. KG, C-385/17.

⁵⁷ ... che diventava a tutti gli effetti il «giudice della Carta»: così L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, cit., 711.

⁵⁸ Così L. CAPPUCCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, cit., 710.

⁵⁹ ... con la quale «si compie il vero e proprio salto di qualità nella giurisprudenza della Corte» secondo M. E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, cit., 642.

per sé sufficiente a conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale»⁶⁰. L'art. 27, invece, è una norma che non è dotata di un «rights-conferring character»⁶¹ e, quindi, «per produrre pienamente i suoi effetti deve essere precisato mediante disposizioni del diritto del Unione o del diritto nazionale»⁶².

In *Ams* veniva, pertanto, affermata, pur incidentalmente, la possibilità che una norma della Carta possa produrre effetti diretti orizzontali, purché superi il *test*⁶³ previsto dalla Corte di Giustizia. Il riconoscimento di tali qualità – come evidenziato anche in *Egenberger* – non si ha nei confronti di tutte le disposizioni della Carta, ma soltanto in favore di quelle «che hanno un contenuto precettivo sufficientemente chiaro e preciso, tale da non essere condizionato all'emanazione di atti ulteriori»⁶⁴. Si ripropone l'eterna distinzione tra “regole” e “principi”⁶⁵, con la peculiarità che, con riferimento alle norme della Carta, le regole – o meglio i “diritti”, secondo la terminologia delle *Spiegazioni* – possono «essere fraseggiate come principi, stavolta nel diverso senso comune di “norme senza fattispecie”»⁶⁶. Ad ogni modo, i requisiti per la produzione dell'effetto diretto, come è stato già evidenziato, devono essere soddisfatti dalle medesime disposizioni in quanto «loro stesse in possesso di certi caratteri»⁶⁷, potendosi, così, essere direttamente invocate in giudizio dai singoli⁶⁸; l'assenza di tali caratteristiche, tuttavia, non può essere colmata dall'integrazione di un atto di natura derivata.

Sembra quasi che nella decisione *Ams* i giudici di Lussemburgo volessero “precostituirsì” la futura svolta, spianando la strada per l'applicazione diretta della Carta nelle controversie orizzontali. Veniva così superato l'ostacolo rappresentato dall'enigmaticità dell'art. 51 che si era prestato per lungo tempo ad interpretazioni divergenti in merito al riconoscimento della diretta applicabilità della Carta nei rapporti *inter privatos*. Questa disposizione, con la quale viene definito l'ambito di applicazione della Carta, si riferisce unicamente alle istituzioni, agli organismi e agli organi dell'Unione, oltre che agli Stati membri: non vi è, infatti, alcuna menzione dei soggetti privati.

La voluta ambiguità con la quale veniva formulata tale norma spingeva i commentatori verso due opposte posizioni: una parte, basandosi unicamente su ragioni di ordine “formale”, riteneva che l'art. 51 «*does not refer to private parties*»⁶⁹; ritiene di condividersi, invece, l'orientamento di chi sosteneva che l'ordinamento dell'Unione avrebbe rischiato «di apparire schizofrenico»⁷⁰ qualora avesse escluso l'efficacia orizzontale della Carta nonostante alla stessa fosse stato attribuito il medesimo valore giuridico dei Trattati.

⁶⁰ Punto 47 sentenza *Ams*.

⁶¹ Cfr. E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union. A Constitutional Analysis*, Oxford, 2019, OUP, 107.

⁶² Punto 45 sentenza *Ams*.

⁶³ Espressione di N. LAZZERINI, *Causa C-176/12 Association de médiation sociale: la Corte di Giustizia rompe (...in parte) il silenzio sugli effetti orizzontali della Carta*, cit., 6. Tale espressione è stata ripresa da L. CAPPUCIO, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, cit., 711 e da L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, cit., 6.

⁶⁴ Lo ricorda F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, cit., 5.

⁶⁵ ... ovvero tra situazioni giuridiche immediatamente azionabili in giudizio o meno.

⁶⁶ Osservazione attenta di G. SORRENTI, [CDFUE e rapporti inter privatos ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi»? \(ancora sulla doppia pregiudizialità...passando per Saint Exupery\)](#), cit., 6.

⁶⁷ Così M. E. GENNUSA, *Libertà religiosa collettiva e principio di non discriminazione nel sistema 'costituzionale' dell'Unione europea*, in *Stato*, cit., 32.

⁶⁸ Punto 76 sentenza *Egenberger* con il quale viene richiamato il punto 45 della sentenza *Ams*.

⁶⁹ Opinione di K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 8/2012, 377 alla nota 11. Del medesimo orientamento anche l'Avvocato Generale Trstenjak al punto 83 delle Conclusioni presentate in data 8 settembre 2011 nella causa Maribel Dominguez contro Centre informatique du Centre Ouest Atlantique contro Préfet de la région Centre, C-282/10.

⁷⁰ Così D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea negli ordinamenti nazionali*, cit., 187.

Il dibattito relativo all'interpretazione dell'art. 51 veniva, comunque, sopito mediante l'attribuzione "implicita" degli effetti diretti orizzontali alla Carta⁷¹ con la decisione *Ams*, ed "esplicita" con quella *Egenberger*. Tuttavia soltanto con le sentenze *Max Planck*⁷² e *Bauer e Broßonn*⁷³ si ha un definitivo riconoscimento che tale disposizione non possa essere interpretata «nel senso che essa escluda sistematicamente»⁷⁴ la possibilità che soggetti privati siano direttamente obbligati al rispetto di determinate norme della Carta.

5. Il test per la Carta perfezionato in *Max Planck* e *Bauer e Broßonn*.

Le decisioni *Max Planck* e *Bauer e Broßonn* rappresentano «un ulteriore sviluppo della giurisprudenza europea in tema di efficacia orizzontale del diritto dell'Unione»⁷⁵, con le quali si ha una più attenta descrizione dei requisiti necessari per superare il *test* previsto dalla Corte di Giustizia. Nonostante tale controllo sia stato congegnato con la decisione *Ams*, *Max Planck* e *Bauer e Broßonn* sono pronunce in cui «il tasso di specificazione dei criteri applicativi della Carta è maggiore»⁷⁶.

Il potenziale «traboccamento»⁷⁷ della Carta, a discapito delle altre Carte costituzionali, era stato con vigore evidenziato da autorevole dottrina, prima, e dal contestato *obiter* della [sentenza n. 269/2017](#)⁷⁸, poi. Occorre, quindi, che fossero fissati dei parametri maggiormente puntuali e precisi, al fine di ridurre la discrezionalità dell'interprete.

Affinché una disposizione della Carta possa produrre effetti diretti – tanto orizzontali quanto verticali – l'ermeneuta deve, oggi, verificare se essa abbia carattere «allo stesso tempo imperativo e incondizionato»⁷⁹; è soltanto alla compresenza di queste due qualità che una norma della Carta dei diritti può ricevere diretta applicazione.

Nonostante l'interpretazione della nozione di imperatività non avrebbe dovuto generare dubbi⁸⁰ – trattandosi di un carattere "tradizionale" delle categorie giuridiche – attenta dottrina ha, però, evidenziato come tale canone, oltre alla "inderogabilità", sembra anche incorporare i «criteri di chiarezza e precisione che sono necessari per riconoscere gli effetti diretti»⁸¹. L'interpretazione ... dell'ulteriore canone interpretativo non pone, invece, problemi di sorta considerato che la stessa Corte di Giustizia si è premurata di precisare che tale carattere richiede che le previsioni della Carta non necessitino di «una concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale le quali sono solo chiamate a precisare [...] eventualmente, talune condizioni di esercizio di tale diritto»⁸².

⁷¹ ... ricomprendendo, quindi, nell'art. 51 anche i soggetti privati.

⁷² Corte di Giustizia, 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contro Tetsuji Shimizu*, C-684/16.

⁷³ Corte di Giustizia, 6 novembre 2018, *Stadt Wuppertal contro Maria Elisabeth Bauer* (C-569/16), e *Volker Willmeroth*, in qualità di titolare della TWI Technische Wartung und Instandsetzung *Volker Willmeroth eK contro Martina Broßonn* (C-570/16).

⁷⁴ Punto 76 della sentenza *Max Planck* e 87 della sentenza *Bauer e Broßonn*.

⁷⁵ Così A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte Costituzionale a confronto*, cit., 455.

⁷⁶ *Ivi*, 457.

⁷⁷ Espressione di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 150.

⁷⁸ [Sentenza n. 269/2017](#) della Corte Costituzionale il cui "padre putativo" sembra essere proprio lo scritto di A. BARBERA appena citato.

⁷⁹ Punto 74 della sentenza *Max Planck* e 85 della sentenza *Bauer e Broßonn*.

⁸⁰ ... in spregio al brocardo *in claris non fit interpretatio*.

⁸¹ Opinione di L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, cit., 7.

⁸² Punto 74 della sentenza *Max Planck* e 85 della sentenza *Bauer e Broßonn*.

Mediante l'utilizzo di tali criteri, il giudice di Lussemburgo – nelle pronunce *Max Planck e Bauer e Broßonn* – individuava «una nuova disposizione della Carta di Nizza suscettibile di diretta applicazione»⁸³ nelle controversie orizzontali: l'art. 31, par. 2; una novità, in parte, inaspettata.

La formulazione ambigua di tale norma ha fatto sì che la stessa sia stata interpretata talora come contenente il “diritto” alle ferie annuali retribuite⁸⁴, talvolta come espressione del “principio” «secondo cui il lavoratore non può essere privato di un diritto maturato alle ferie annuali retribuite»⁸⁵.

Tutto ciò, però, non può assolutamente stupire. Come è già stato fatto accuratamente notare da attenta dottrina, l'attribuzione o meno dell'effetto diretto avviene ad uso e consumo della Corte di Lussemburgo, «arbitro esclusivo»⁸⁶ di tale partita; anche una norma «seppure in sé per sé non particolarmente determinata, può dotarsi della “qualità” dell'efficacia diretta grazie all'intervento chiarificatore della Corte di giustizia»⁸⁷.

Da “guardiana dei Trattati”, come è usualmente appellata, il rischio che la Corte si trasformi in “sovrana”⁸⁸ è sempre concreto ed attuale, tenuto pure conto del fondamentale ruolo⁸⁹ svolto nel processo costituente europeo⁹⁰.

Anche con la pronuncia oggetto del presente commento i giudici di Lussemburgo compiono un passo importante nell'ottica dell'integrazione tra gli ordinamenti: «un salto di qualità nella tutela del diritto antidiscriminatorio»⁹¹.

⁸³ Così A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei Diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte Costituzionale a confronto*, cit., 455.

⁸⁴ Ci si riferisce al punto 74 della sentenza *Max Planck* e 85 della sentenza *Bauer e Broßonn* nei quali si specifica che «il diritto (c.vo aggiunto) a un periodo di ferie annuali retribuite [viene] sancito per ogni lavoratore dall'articolo 31, paragrafo 2, della Carta».

⁸⁵ Punto 75 della sentenza *Max Planck*.

⁸⁶ Espressione di N. LAZZERINI, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali... ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Küçükdeveci*, cit., 447.

⁸⁷ Attenta osservazione di D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 161.

⁸⁸ Riecheggia il timore manifestato da C. SCHMITT nei confronti delle Corti costituzionali con la cui istituzione si sarebbe rischiato di creare una «seconda Camera», trattandosi «di un'istanza altamente politica con funzioni di legislazione costituzionale»: così C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, in A. Caracciolo (a cura di), Milano, 1981, 236. D'obbligo è il richiamo al dibattito sviluppatosi con Kelsen nell'opera H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?* in ID., *La giustizia costituzionale*, in A. Geraci (a cura di), Milano, 1981. D'altronde i giudici di Lussemburgo, insieme alle altre Corti europee, sono giudici «materialmente costituzionali (o, per dir meglio, tendenzialmente costituzionali), dal momento che “tipicamente costituzionali” sono le Carte di cui esse sono garanti»: così il noto insegnamento di A. RUGGERI, *Il processo costituzionale nel pensiero di P. Carrozza e nei più recenti e salienti sviluppi dell'esperienza*, in questa *Rivista, Studi 2020/III*, 506 ed in innumerevoli altri scritti. In questi termini anche O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?* Milano, 2010, e O. POLLICINO, V. SCIARRABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in Aa.Vv., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, in E. Faletti e V. Piccone (a cura di), Roma, 2010, 125 ss.

⁸⁹ ... spesso sostitutivo rispetto a quello degli organi dell'Unione. La Corte di Giustizia potrebbe trasformarsi in quello che A. RUGGERI definisce, con riferimento al Giudice delle leggi italiano, un «potere costituente permanente»: così A. RUGGERI, “Dialogo” tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale), in *Dirittifondamentali.it*, 11 novembre 2013, 9.

⁹⁰ ... processo non ancora completo difettandone alcuni elementi essenziali; anzi, chi scrive condivide l'opinione di chi ritiene che «il processo costituente europeo potrebbe invece restare in una condizione permanentemente in progress»: così A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, in *Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo, *Diritto costituzionale in trasformazione*, III, Genova, 2020, 321.

⁹¹ Così A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, cit., 58.

6. Tempi duri per le “rime obbligate”: convergenze tra Roma e Lussemburgo. Una Corte di Giustizia all’italiana?

Il caso *Cresco* rappresenta l’ultima tessera del puzzle dell’effetto diretto⁹², grazie al quale viene ampliata la portata normativa della Carta di Nizza.

Dopo aver verificato l’impossibilità di addivenire ad una interpretazione conforme della normativa tedesca⁹³, i giudici di Lussemburgo provvedevano a rilevare il contrasto di tale normativa direttamente con l’art. 21 della Carta. Fin qui apparentemente non viene affermato nulla di nuovo rispetto agli esiti precedenti⁹⁴. Sebbene l’*iter* argomentativo sembra seguire quello inaugurato con la sentenza *Egenberger*, la Corte di Giustizia compie, in realtà, un ulteriore passo in avanti lungo il cammino per la tutela in via orizzontale dei diritti fondamentali.

Il diretto contrasto con la Carta non generava, infatti, il consueto obbligo di disapplicazione in capo al giudice interno; i giudici di Lussemburgo chiedevano, invece, all’interprete di estendere l’applicazione⁹⁵ delle disposizioni nazionali ritenute discriminatorie, provvedendo alla «concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata»⁹⁶. La mera disapplicazione della normativa nazionale avrebbe, di fatto, lasciato insoddisfatte le pretese del richiedente, senza fornire un’efficace risposta alle esigenze di “giustizia costituzionale”, nel frattempo maturate, anche in seno alla collettività. La Corte procedeva, così, ad espandere la portata del testo normativo – includendo anche i lavoratori non appartenenti alle comunità religiose, tutelate dall’art. 7 dell’ARG, nel godere dei benefici ivi previsti in occasione del Venerdì Santo – fino a quando tale legge non fosse stata modificata, nel rispetto della disciplina antidiscriminatoria di cui all’art. 21 della Carta di Nizza.

Con la sentenza *Cresco* si attribuisce, quindi, alla Carta efficacia ulteriore, non producendo essa i tradizionali effetti diretti di tipo sostitutivo, ma «di tipo additivo»⁹⁷: la norma invocata, appunto, continua a ricevere applicazione, sebbene “integrata” dal principio contenuto nell’art. 21 che ne ha espanso la portata.

L’utilizzo di tale tecnica decisoria non appare dissimile dall’esperienza italiana, seppur con le dovute differenze. Attraverso le sentenze di tipo additivo la Corte Costituzionale sanziona «l’illegittimità della legge perché *manca* una norma, che viene invece concretamente indicata/creata dallo stesso Giudice delle leggi»⁹⁸; affinché si addivenga ad un tale tipo di pronuncia, l’autorevole insegnamento di crisafulliana memoria⁹⁹ imporrebbe che la soluzione proposta dalla Corte sia a “rime obbligate”¹⁰⁰, ovvero «logicamente necessitata e spesso implicita nel contesto normativo»¹⁰¹. Oggi però il limite delle “rime obbligate” sembra essere stato mitigato, e non poche volte

⁹² Espressione di M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l’effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, cit., 460.

⁹³ ... strada prioritaria da seguire, considerato che la «disapplicazione assume le vesti di *extrema ratio*»: così M. E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull’effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, cit., 646. Con riferimento alla «progressiva espansione dell’interpretazione conforme e degli effetti indiretti orizzontali» si rinvia a F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, cit., 10.

⁹⁴ Così A. SCIORTINO, *L’uguaglianza di genere nell’UE: categorie giuridiche e tutele*, cit., 25.

⁹⁵ Segno ulteriore di come «il diritto europeo in materia antidiscriminatoria abbia un’influenza concreta sulla vita dei cittadini europei»: così A. CAPROTTI, *Il ruolo attivo del giudice nazionale con riferimento alla concreta applicazione del principio europeo di non discriminazione sul luogo di lavoro*, cit., 1729.

⁹⁶ Punto 79 sentenza *Cresco*.

⁹⁷ Così M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l’effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, cit., 461.

⁹⁸ A ricordarlo A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 196.

⁹⁹ Scontato il richiamo a V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in Aa. Vv., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, 84 e Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 402 e ss.

¹⁰⁰ Necessario il rinvio a G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss.

¹⁰¹ Così sentenze nn. [109/1986](#), [125/1988](#) e [ordinanza n. 328/1988](#) della Corte Costituzionale.

sostanzialmente messo da canto¹⁰²; non a caso, attenta dottrina efficacemente discorre del trapasso delle rime in parola nei cd. «versi sciolti»¹⁰³.

La peculiarità della sentenza *Cresco* è che l'obbligo ivi contenuto non si rivolge ad un pubblico potere – come invece avviene nel nostro ordinamento – ma direttamente nei confronti dei datori di lavoro privato, i quali sono onerati «di accordare anche agli altri lavoratori il diritto a un giorno festivo il Venerdì santo»¹⁰⁴, oppure di riconoscere agli stessi un'indennità sostitutiva, qualora non accolgano tale richiesta.

Una sentenza «additiva di prestazione, a carico [tuttavia] del bilancio dell'azienda e non dello Stato»¹⁰⁵. La soluzione congegnata in tale pronuncia, inoltre, non appare essere certamente “a rime obbligate”¹⁰⁶, considerato che le misure introdotte dal legislatore austriaco, estese anche nei confronti dei soggetti “non privilegiati”, erano state ritenute «sostanzialmente “inutili” dalla Corte europea»¹⁰⁷.

Si sa i giudici europei, come anche quelli costituzionali¹⁰⁸, godono di una così ampia discrezionalità da utilizzare a proprio piacimento gli schemi giuridici da loro stessi elaborati, talvolta intendendoli come dogmi intangibili, talora accantonandoli,¹⁰⁹ al fine di poter più agevolmente risolvere la questioni ad essi prospettate. È interessante notare come, malgrado le diversità dei contesti e la tipicità dei ruoli svolti, esistono delle significative convergenze tra le Corti europee e quelle nazionali, con particolare riferimento al ruolo “sostitutivo”¹¹⁰ da esse svolto rispetto al decisore politico. Ne è tangibile dimostrazione la sovrapposizione delle tecniche decisorie avuta nella pronuncia commentata, testimonianza di una costante ricerca della tecnica da inventare, e non da adattare, per (meglio risolvere) il caso concreto. È labile il limite tra l'offrire concreta risposta alle legittime esigenze di “giustizia costituzionale” e il rischio che le Corti, anche materialmente, costituzionali possano trasformarsi in «mostruoso potere costituente permanente»¹¹¹, abusando delle proprie facoltà.

Il cammino tracciato con la pronuncia *Cresco* sembra, almeno per ora, porsi al di qua dello steccato, aprendo nuove frontiere per la tutela antidiscriminatoria nelle controversie orizzontali, attraverso l'implementazione delle garanzie offerte a favore dei singoli cittadini europei.

L'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali dimostra che, ancora una volta, l'Unione europea è, prima di tutto, «a *Union of values that irradiate the entire body of EU law*»¹¹².

¹⁰² ... in particolare a seguito della nota ordinanza *Cappato* ([ordinanza n. 207 del 2018](#) della Corte Costituzionale). Già a partire dalla [sentenza n. 236 del 2016](#) si discute di un accantonamento di tale dottrina da parte della Corte Costituzionale, come evidenziato da 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 AIC](#), 6/2020, 3 novembre 2020, 245.

¹⁰³ Felice espressione di D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in [Sistema Penale](#), 2/2021, 10.

¹⁰⁴ Punto 89 sentenza *Cresco*.

¹⁰⁵ Attenta osservazione di A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, cit., 58.

¹⁰⁶ Così M. E. GENNUSA, *Un nuovo pezzo del puzzle, l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, cit., 463.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Sulla qualificazione della Corte di Giustizia quale Corte “materialmente costituzionale” si rinvia alla nota 88 del presente commento.

¹⁰⁹ ... come evidenziato per la dottrina delle “rime obbligate”.

¹¹⁰ Si rinvia alla nota 89 del presente lavoro.

¹¹¹ Espressione di A. RUGGERI già richiamata alla nota 89 del presente lavoro.

¹¹² Così K. LENAERTS, *The Horizontal Application of the Charter*, in *Quad. cost.*, 3/2020, 636.

Antonio Ruggeri

Per un aggiornamento grafico della bandiera che rispecchi fedelmente l'identità costituzionale della Repubblica e l'appartenenza di quest'ultima all'Unione europea*

ABSTRACT: *The contribution outlines the thesis aimed at innovating the symbol of the flag described in article 12 of the Constitution, indicating at its center the membership of Italy in the European Union. This innovation would not affect, but would make the composite identity of the Republic more faithful.*

SOMMARIO: 1. La bandiera tra identità nazionale e identità costituzionale. – 2. La profonda trasformazione della struttura della Costituzione, il carattere “plurale” dei documenti materialmente costituzionali compresenti nell’ordinamento e il “gioco” senza sosta che tra di essi s’intrattiene alla luce del “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela dei diritti. – 3. La modifica del vessillo nazionale, le obiezioni che potrebbero addursi contro la proposta qui affacciata e i rilievi critici ai quali esse vanno incontro. – 4. Una minima notazione finale.

1. La bandiera tra identità nazionale e identità costituzionale

La bandiera è segno di identità della Repubblica. È così per il mero fatto di entrare a comporre uno dei principi fondamentali della Carta costituzionale, il cui insieme dà, a un tempo, l'essenza di quest'ultima e della Repubblica dalla stessa fondata. È, sì, principio fondamentale ma è anche sintesi espressiva dei principi nel loro fare “sistema” e, per ciò stesso, dell'identità costituzionale, nella sua più densa, assiologicamente pregnante accezione.

Non sarebbe, insomma, concepibile l'identità in parola senza il tricolore, così come questo senza quella. E, tuttavia, la bandiera ha – come si sa – una storia risalente, ormai ultrabicentennial¹: ha attraversato indenne vicende storico-politiche e forme ordinamentali assai diverse tra di loro, segnate in alcuni dei loro più salienti sviluppi da fratture o discontinuità costituzionali incidenti sulla integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo.

È nata – come si sa – in una stagione in cui la nostra comunità non era ancora riuscita a costituirsi in Stato unitario ed è riuscita a sopravvivere a guerre, all'avvicinarsi della Repubblica alla monarchia, a mutamenti di regimi politici non connotati da una ideale linea di continuità nei loro complessivi sviluppi.

Già questo solo dato, innegabile, parrebbe essere sufficiente a slegare le sorti della bandiera da quelle della Costituzione, anche della presente dunque, così come si è avuto per lo statuto del 1848 e per altri documenti normativi ancora di rilievo materialmente costituzionale. Eppure, non sapremmo immaginare la nostra Repubblica senza il tricolore e, circolarmente, quest'ultimo senza quella².

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del Regolamento della Rivista.

¹ Raguagli in AA.VV., *Gli italiani e il tricolore. Patriottismo, identità nazionale e fratture sociali lungo due secoli di storia*, a cura di F. Tarozzi e G. Vecchio, Il Mulino, Bologna 1999; v., inoltre, la sintesi che ne fanno T. GROPPi, *sub art.12*, in *Commentario della Costituzione*, I, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Utet, Torino 2006, 306 ss. (non differisce nella sostanza la voce *Bandiera*, dalla stessa G. redatta per il *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, I, Giuffrè, Milano 2006, 663 ss.), e M. LUCIANI, *Costituzione italiana: articolo 12*, Carocci, Roma 2018, spec. 17 ss.

² Se n'è avuta peraltro conferma già nei banchi della Costituente, dall'andamento del dibattito sull'attuale art. 12, assai spedito e conclusosi senza sostanziale divergenza di punti di vista: nessuno ha, infatti, mai messo in dubbio che la bandiera fosse quella. Si era, per vero, messa in forse l'opportunità di farne menzione nella Carta, in considerazione del fatto che la relativa disposizione evocava alla mente un “modello di sartoria”, ma l'obiezione è stata prontamente superata col rilievo che questa era appunto la soluzione invalsa nelle Carte più di recente venute alla luce (riferimenti ai lavori preparatori in S. CASSESE, *sub art. 12*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali. Art. 1-12*, Zanichelli - Soc. ed. del Foro italiano, Bologna - Roma 1975, 589, nonché in T. GROPPi, *sub art. 12*, cit., 308 s., e M. LUCIANI, *Costituzione italiana: articolo 12*, cit., 27 ss.).

Se ne ha che la bandiera è, in sé e per sé, parte costitutiva e segno espressivo allo stesso tempo della identità costituzionale ma, prima ancora, della identità nazionale: di ciò che connota il nostro *idem sentire* quali partecipi di uno stesso destino collettivo, in quanto dotati di un *patrimonio culturale* che tutti ci accomuna e nel quale appunto ci riconosciamo come italiani, la generazione presente unendosi idealmente alla passata e a quella che verrà³. La nazione, infatti, secondo un risalente insegnamento, è concetto in sé e per sé pre- o meta-giuridico, pur se poi dallo stesso diritto caricato di valenze *anche* giuridiche⁴; come tale, attraversa il tempo e, in un certo senso, lo supera e trascende, diversamente da tutto ciò che si contestualizza e connota in ragione della forma ordinamentale di volta in volta affermatasi, poggiando dunque su coordinate storico-positive costituzionalmente definite.

Come dire, insomma, che le forme stesse e le Costituzioni in cui esse si rispecchiano passano, ma la nazione resta; e, con essa, resta pure il tricolore, al di là delle diverse rappresentazioni grafiche che se ne sono avute nel corso del tempo⁵.

Eppure, tutto – come si sa – è soggetto a mai finito divenire, secondo quanto è proprio di ogni umana vicenda; e così è pure, fatalmente, per la stessa nazione.

La cosa non sorprende affatto. La stessa identità costituzionale della Repubblica è attraversata da un moto incessante, che è poi il moto stesso della Costituzione nel suo insieme, così come messo puntualmente in luce da accreditati studiosi⁶.

Gli enunciati, infatti, possono non subire alcun mutamento alla luce del sole, trasmettendosi sempre identici a sé nel corso del tempo; alcuni di essi poi (e mi riferisco ora – com'è chiaro – a quelli espressivi di principi fondamentali), secondo una tesi ad oggi largamente condivisa che nondimeno meriterebbe non poche né poco rilevanti precisazioni di ordine teorico⁷, sarebbero intangibili, sì da consegnarsi *sub specie aeternitatis* alle generazioni che verranno⁸.

È, tuttavia, innegabile che i medesimi enunciati possano caricarsi (ed effettivamente si caricano) col tempo di significati anche profondamente diversi, inimmaginabili da coloro che hanno posto mano alla loro stesura⁹.

³ In quanto emblema per antonomasia della “italianità” la bandiera parrebbe trovarsi fuori posto in quanto evocata dai simboli dei partiti politici quali formazioni sociali di parte. Nulla, nondimeno, vieta che ciascuno di essi reputi di sapersi fare carico degli interessi dell'intera collettività, incarnando pertanto nel migliore dei modi l'identità della nazione e dando voce ai valori che stanno a base della Repubblica. Si danno, ad ogni buon conto, Paesi nei quali è espressamente vietato di far uso del vessillo nazionale nei simboli dei partiti o di altre formazioni sociali.

⁴ Si pensi solo agli insistenti riferimenti fattivi dalla Carta, già a partire dai principi fondamentali (artt. 9 e 11) e, quindi negli artt. 16, 49, 67, 87, 98, 117, 120, 126, XIII disp. trans. e fin., in alcuni dei quali nondimeno il termine, specie nella sua forma aggettivata, parrebbe qualificare più che la nazione, nella sua propria accezione, la Repubblica (così, ad es., laddove si discorre del “territorio nazionale”).

⁵ Il punto non è di secondario interesse per questo studio in cui si discorre di un ulteriore aggiornamento del vessillo nazionale.

⁶ ... part., da A. SPADARO e M. LUCIANI, dei quali v., rispettivamente, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss., e *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, 1 marzo 2013. Di moti e mutamenti della Costituzione ha quindi trattato anche A. MANGIA, *Moti della Costituzione o Mutamento costituzionale?*, in *Dir. cost.*, 1/2020, 75 ss.

⁷ Della revisione costituzionale e dei suoi limiti 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, i cui Atti, col titolo *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, sono stati editi, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, dalla Editoriale Scientifica di Napoli nel 2019.

⁸ Sta di fatto, ad ogni buon conto, che nessuna teoria, per buona che sia, può fare da argine a mutamenti forzosi laddove riescano ad imporsi ed a farsi valere. Come mi è venuto più volte di dire, occorre infatti guardarsi dal rischio di confondere i nostri desideri con i fatti, avvalorati dalla storia, che conosce sovvertimenti costituzionali ed esperienze comunque connotate da discontinuità costituzionale, tanto più temibili quanto più la guardia dovesse abbassarsi, nell'erroneo convincimento che le basi costituzionali siano salde e che non possano comunque essere travolte, resistendo dunque agli assalti che dovessero essere loro mossi, specie ad opera di forze politiche reazionarie.

⁹ D'altronde, è ormai acclarato il valore relativo dell'*original intent*, anche dunque con riguardo agli stessi enunciati espressivi dei principi di base dell'ordinamento.

Senza che si possa qui indugiare a discorrere dell'interpretazione costituzionale in genere e di quella concernente i principi in ispecie¹⁰, è ad ogni buon conto assodato che l'identità costituzionale, siccome appunto storicamente e positivamente determinata, è soggetta in ordine al proprio incessante rinnovamento interno a margini di escursione di campo ai quali non è andata e non va invece soggetta l'identità nazionale che – come si è veduto – parrebbe idonea a portarsi oltre la dimensione spazio-temporale e le vicende ordinamentali che in essa prendono forma e pervengono a maturazione.

2. La profonda trasformazione della struttura della Costituzione, il carattere “plurale” dei documenti materialmente costituzionali compresenti nell’ordinamento e il “gioco” senza sosta che tra di essi s’intrattiene alla luce del “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela dei diritti

Sta di fatto che l'identità costituzionale nel corso dell'ormai non breve cammino compiuto dalla Repubblica è andata incontro a continuo rinnovamento, per effetto di fattori di natura tanto endogena quanto esogena, radicati in seno alla Comunità internazionale. È pur vero, tuttavia, che la stessa Carta costituzionale ha incoraggiato, per la sua parte, questo processo, agevolando la implementazione dei suoi tratti maggiormente espressivi nell'ordine interno, come peraltro testimonia la formidabile apertura di cui agli artt. 10 e 11, con la coraggiosa e lungimirante affermazione ivi fatta in merito alle limitazioni di sovranità a beneficio di organizzazioni internazionali istituite allo scopo di preservare la pace e la giustizia tra le nazioni.

Si tratta di un'autentica svolta epocale, che ha segnato (e segna) la struttura stessa della Costituzione, il suo modo cioè di essere e di operare, dapprima pensata come chiusa in se stessa, autosufficiente, ed ora invece divenuta – come si è fatto altrove notare¹¹ – “intercostituzionale”, non più “totale” bensì “parziale”, bisognosa cioè di attingere *ab extra*, da altri documenti parimenti costituzionali *quoad substantiam*¹², alimento e sostegno al fine di assolvere la prima e più genuinamente espressiva funzione sua propria: assicurare il riconoscimento e l'effettivo appagamento – nella misura ottimale possibile alle condizioni oggettive di contesto – dei diritti fondamentali, secondo la felice e ad oggi attualissima definizione datane dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789. Sembra esserne, d'altronde, avvertita anche la giurisprudenza costituzionale, seppur nel quadro di un orientamento ad oggi gravato da ipoteche teoriche che ne accompagnano il non lineare e non di rado sofferto svolgimento¹³.

Senza che se ne possa dire in questa sede e rimandando per ciò ad approfondimenti altrove svolti, è sufficiente qui rilevare che se, per un verso, si prende atto ormai da tempo dell'attitudine di ciascuna Carta di concorrere alla incessante rigenerazione delle altre, tutte integrandosi

¹⁰ In tema, di recente, A. SPADARO, *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in Federalismi.it, 16/2021, 30 giugno 2021, 208 ss.

¹¹ Ho cominciato a discorrerne nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss., sviluppando quindi questa indicazione teorica in più luoghi di riflessione scientifica.

¹² ... o – se si preferisce riprendere la qualifica datane da [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#) – “tipicamente costituzionali”. È appena il caso poi qui di rilevare di passaggio che questo carattere non è intaccato per il fatto che alle Carte aventi origine esterna al riconoscimento dei diritti in esse operato non si accompagna un pugno di disposizioni di organizzazione, ove si convenga – come devesi convenire – che l'essenza della Costituzione in senso materiale è data appunto dal riconoscimento stesso, le disposizioni in parola ponendosi nei suoi riguardi in funzione servente.

¹³ Non rimosse aporie di costruzione affliggono, infatti, a mio modo di vedere, proprio questo punto cruciale della teoria costituzionale di cui si fa portatrice la Consulta, secondo quanto è reso palese soprattutto dal modo con cui si intendono le relazioni tra la Costituzione e le altre Carte dei diritti o – il che è praticamente lo stesso – tra il giudice costituzionale e le Corti europee: un modo che appare viziato da un nazionalismo costituzionale ingenuo ed infecondo, vale a dire dall'idea, frutto di un autentico preorientamento, che la Costituzione non abbia nulla da invidiare alle altre Carte o – come ho fatto altrove notare – che dica sempre tutto su tutto e lo dica nel migliore dei modi. Un'idea mitica o sacrale di Costituzione che, a conti fatti, si risolve in un pregiudizio recato a quest'ultima e, per ciò stesso, ai diritti fondamentali da essa riconosciuti.

reciprocamente (e, dunque, *paritariamente*) nella interpretazione¹⁴, per un altro verso si seguita a riproporre stancamente l'immagine della loro sistemazione verticale, peraltro in più gradi della scala gerarchica¹⁵, quasi che appunto sia possibile far luogo a trattamenti differenziati tra documenti aventi tutti nel loro DNA il riconoscimento dei diritti fondamentali.

Di contro, il “metaprincipio”¹⁶ che governa le relazioni tra le Carte e i loro principi fondamentali (e, perciò, in buona sostanza, le Corti che ne sono istituzionalmente garanti) – come si è tentato di argomentare in altri luoghi – è quello della ricerca della massima salvaguardia possibile dei diritti, in ragione delle complessive esigenze del caso¹⁷: un autentico “termometro” della forza normativa della Costituzione, della sua strutturale attitudine a farsi valere per quanto di più e di meglio ha da offrire di volta in volta a beneficio dei diritti della persona umana. Non dunque, certamente, una incondizionata apertura dell'una all'altra Carta (e, di riflesso, degli ordinamenti o sistemi normativi¹⁸ sulle stesse fondati) né però un'assiomatica chiusura per ciò che attiene ai principi che stanno a base del nostro ordinamento, considerati mai recessivi a fronte di materiali normativi provenienti *ab extra* e con essi incompatibili¹⁹, neppure – per strano che possa per più versi sembrare – laddove grazie all'ingresso in ambito interno dei materiali medesimi possa averne un guadagno la coppia assiologica fondamentale – come a me piace chiamarla – composta da libertà ed eguaglianza, nelle loro mutue, inscindibili implicazioni²⁰. Non, insomma, una stabile, precostituita sistemazione delle Carte secondo schemi di formale fattura che prescindono dai contenuti delle Carte stesse, dalla loro attitudine a farsi valere a seconda delle singole vicende processuali cui si applichino, bensì una sistemazione continuamente cangiante, esattamente come si ha in occasione di partite giocate da soggetti tutti assai abili ed idonee perciò a concludersi a vantaggio ora dell'uno ed ora dell'altro a seconda delle carte che ciascuno di essi tiene in mano. Si dà, nondimeno, una differenza non da poco rispetto al gioco vero e proprio; ed è data dal fatto che qui la soluzione ottimale è quella che si ha quando tutti... *vincono*, facendosi congiuntamente e paritariamente applicazione di tutte le Carte, reciprocamente integrate – come si diceva – nella interpretazione.

La molteplicità dei documenti materialmente costituzionali compresenti in uno stesso ordinamento ha, ad ogni buon conto, rappresentato (e rappresenta) un autentico salto di qualità per ciò che ha riguardo all'idea stessa di Costituzione, convertendola appunto da singolare in plurale. La sua trasformazione strutturale, peraltro, ridonda e si rispecchia in trasformazioni che hanno interessato tutti gli elementi costitutivi dello Stato, quali identificati, in linea con una ricostruzione

¹⁴ Così, quasi testualmente, secondo [Corte cost. sent. n. 388 del 1999](#) e, ora, [sent. n. 84 del 2021](#).

¹⁵ ... alla Carta di Nizza-Strasburgo assegnandosi, al pari di ogni fonte di diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, rango paracostituzionale o costituzionale *tout court*, diversamente dalla CEDU (e, a quanto pare, da ogni altra Carta) dotata di rango ambiguamente definito “subcostituzionale”.

¹⁶ Il termine si ritrova ora anche in A. RANDAZZO, *Il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020, 10 giugno 2020, 658 ss.

¹⁷ Attorno a tale canone fondamentale è fiorita una messe di scritti espressivi di punti di vista non di rado anche radicalmente contrastanti [basti solo pensare che un'accreditata dottrina ne contesta la stessa esistenza: part., R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in [Giustizia Insieme](#), 10 aprile 2019, e, da ultimo, *Critica della teoria delle fonti*, FrancoAngeli, Milano 2021, spec. 161 ss.]. Dal mio canto, mi sono sforzato di argomentare la tesi evocata nel testo in più scritti, tra i quali, di recente, [Il “dialogo” tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente bonne à tout faire](#), in questa [Rivista](#), 2021/III, spec. 675 ss.

¹⁸ L'alternativa si deve al fatto che la giurisprudenza costituzionale ha – come si sa – escluso, a partire dalle sentenze “gemelle” del 2007, che il primo termine possa essere in modo appropriato fatto valere con riguardo alla CEDU; non torno ora a discutere della questione, pur non condividendo il punto di vista del giudice delle leggi, se non altro in ragione del fatto che la Convenzione fa capo pur sempre ad una “istituzione”, nell'accezione romaniana sua propria.

¹⁹ Rileva al riguardo la nota teoria dei “controlimiti”, della quale segnalo qui solo la messa a punto, corredata di fini argomenti, di S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018.

²⁰ Su di che, per tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

teorica ad oggi largamente diffusa, per quanto essa pure – come si viene dicendo – bisognosa di non poche, sostanziali precisazioni di ordine teorico.

Plurale è, infatti, altresì l'idea di cittadinanza, nella sua duplice articolazione in europea e nazionale, come pure l'idea di sovranità, che poi nei fatti si risolve nella sua distribuzione in capo a più soggetti, forse anche interni all'ordinamento della Repubblica²¹ ma di sicuro tra quest'ultimo ed ordinamenti sovranazionali, a partire da quello dell'Unione, secondo un riparto connotato da fluidità e opacità di movenze²², solo in parte testimoniato dalle disposizioni dei trattati che lo stabiliscono con etichette dove più e dove meno vaghe ed aperte ad imprevedibili sviluppi nell'esperienza.

Quanto poi al territorio – in disparte la circostanza per cui di per sé non contrassegna gli enti che ne sono dotati dell'attributo della sovranità, in quanto comune anche ad enti usualmente qualificati come “autonomi” –, è innegabile che abbia ormai perduto in gran parte la sua funzione di delimitare lo spazio entro il quale si radicano *in modo esclusivo* gli atti espressivi di sovranità dello Stato. E ciò, per il fatto che, tralasciando ora alcune manifestazioni di potere peculiari della Comunità internazionale (quali quelle aventi natura consuetudinaria), ancora una volta l'ingresso immediato in ambito interno degli atti dell'Unione e la produzione da parte di essi di effetti di rango costituzionale sovvertono la quiete dell'antico schema elaborato al tempo in cui lo Stato nazionale aveva modo di affermarsi in modo incontrastato.

Il vero è che il presente contesto è – come si sa – segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e da vincoli d'interdipendenza tra i soggetti componenti la Comunità internazionale, a fronte dei quali appare essere ormai palese la forzatura che porta all'acritica riproposizione di modelli teorici messi a punto in un quadro politico-istituzionale profondamente diverso.

Il nodo della questione ad oggi non sciolto è però dato dal fatto che l'integrazione in parola c'è già e però allo stesso tempo... *non c'è ancora*, nel senso che è in cammino, senza che peraltro sia chiaro quanto sia lungo il tratto di strada ancora da compiere prima di pervenire alla meta né – a ben vedere – come quest'ultima sia fatta, se mai appunto si riuscirà a conquistarla.

Tutto ciò – come si dirà meglio a momenti – non è senza conseguenze con riguardo al nostro tema. Se, infatti, la bandiera ha da rappresentare in modo fedele l'identità (anche) costituzionale di una comunità politica organizzata, l'immagine che ci viene al presente consegnata non rende affatto l'idea del processo d'integrazione in corso, con la conseguenza che viene occultato uno dei due volti di cui, come Giano bifronte, la Repubblica si compone, vale a dire la sua appartenenza

²¹ Il punto non può essere qui trattato con il dovuto approfondimento. Mi limito solo ad accennare al fatto che, a mia opinione, “sovrano” (sia pure in senso relativo o parziale...) non è – come pure *secundum verba* parrebbe – il popolo bensì la Costituzione che lo riconosce come tale, indicando le forme ed i limiti di espressione del potere conferitogli. Ancora di più, poi, lo spostamento dal popolo alla Costituzione si giustifica a seguire la tesi, prospettata con fini argomenti da un'accreditata dottrina, secondo cui la sovranità stessa *in nuce* si appunta in capo ai valori (e, di riflesso, nei principi) fondamentali dell'ordinamento, oggettivizzandosi ed apprezzandosi perciò in prospettiva assiologicamente orientata [la tesi in parola – com'è noto – si deve a G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss., ed ha costituito oggetto di un animato confronto teorico: v., dunque, tra gli altri, i punti di vista di L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014, 55 ss.; E. CASTORINA - C. NICOLOSI, “Sovranità dei valori” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 519 ss. e, pure *ivi*, II, G. GEMMA, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*, 1068 ss.; A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 2 agosto 2017, 92 s., e, pure *ivi*, C. SALAZAR, *Territorio, confini, “spazio”: coordinate per una mappatura essenziale*, 8, e A. SPADARO, *Dalla “sovranità” monistica all’“equilibrio” pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, 2 s.].

Si aggiunga che la Costituzione prefigura una sfera di competenza di alcuni enti (dalla tradizione qualificati come “autonomi”) salvaguardata nei riguardi degli stessi atti “sovrani” dello Stato, come pure ritaglia ambiti materiali sui quali all'autodeterminazione di individui e formazioni sociali è dato di spiegarsi liberamente ed al massimo delle sue potenzialità espressive all'interno di una sfera ora più ed ora meno ampia, protetta avverso incisioni da parte degli atti dei pubblici poteri, siano o no portatori di “sovranità” (tradizionalmente intesa).

²² Se ne può vedere la sintetica rappresentazione in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*⁵, Giappichelli, Torino 2019.

all'Unione, e, per ciò stesso, non si rende testimonianza della duplice appartenenza di ciascuno di noi quale cittadino sia dello Stato che dell'Unione stessa.

3. La modifica del vessillo nazionale, le obiezioni che potrebbero addursi contro la proposta qui affacciata e i rilievi critici ai quali esse vanno incontro

Occorre, dunque, chiedersi se il segno distintivo della Repubblica sia immutabile e, qualora dovesse darsi risposta negativa al quesito, se convenga innovarvi.

Le vicende storiche dallo stesso attraversate parrebbero far pensare che esso debba restare sempre uguale a se stesso, malgrado i mutamenti anche radicali ai quali è andato (e astrattamente potrebbe in futuro andare) soggetto l'ordinamento dallo stesso emblematicamente rappresentato.

Anche per il simbolo però può valere la regola concernente ogni principio fondamentale, vale a dire quella della sua revisione *in melius*, a finalità integrativa, non già di depauperamento o, peggio, di smarrimento della identità da esso evocata²³. Non, dunque, l'integrale rifacimento del simbolo, così come astrattamente immaginato da un'accreditata dottrina al solo fine, ovviamente, di escluderlo²⁴, bensì il suo aggiornamento a finalità di arricchimento, in piena fedeltà alla sua originaria conformazione.

In realtà, come si è accennato poc'anzi, la sussistenza della regola in parola è ad oggi discussa, opponendosi da una consistente schiera di studiosi l'idea della "pietrificazione" degli enunciati espressivi di principi; e l'esperienza parrebbe, per vero, avvalorare questa tesi²⁵, per quanto – non si dimentichi – non poche siano state (e siano) le iniziative legislative messe in cantiere al fine del loro aggiornamento, tutte tuttavia ad oggi non andate in porto²⁶. Si discute, in particolare, della opportunità di introdurre una *Europaklausel* anche nella nostra Carta, quale si ha in altri ordinamenti²⁷, "razionalizzando" dunque gli esiti ormai indiscussi di una coraggiosa giurisprudenza

²³ La tesi che esclude le sole innovazioni alla Carta aventi finalità di restaurazione è argomentata soprattutto da 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; se si vuole, possono poi vedersi talune precisazioni che sono 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*, cit., 367 ss. Con specifico riguardo alla bandiera, incerta appare essere la posizione di T. GROPPi, *sub art.12*, cit., 309 s., che dapprima ammette la rivedibilità dell'art. 12 con le procedure di cui all'art. 138 e di poi si dichiara dell'avviso che un'eventuale innovazione al disposto in parola si porrebbe quale manifestazione di potere costituente.

²⁴ M. LUCIANI, *Costituzione italiana: articolo 12*, cit., 5 ss.

²⁵ ... quanto meno a stare all'ordine di idee secondo cui enunciati espressivi di principi fondamentali sono unicamente quelli che la stessa Carta qualifica come tali; se, di contro, si ammette che tanto nella prima quanto nella seconda parte della Carta possano darsi ulteriori disposti che vi danno voce, quali quelli di cui agli artt. 26 e 27, l'affermazione appena fatta nel testo richiederebbe di essere corretta. Il punto è, però, che non è agevole distinguere un enunciato portatore di principio vero e proprio da uno che invece dà specificazione-attuazione ad uno o più dei principi di cui ai primi dodici articoli della Carta. Per un verso, infatti, ogni disposto di quest'ultima, a partire da quelli di cui agli artt. 13 ss., parrebbe porsi quale filiazione più o meno diretta dei disposti iniziali. Per un altro verso, però, non v'è dubbio che alcuni di essi portino in sé nel modo più nitido e marcato l'immagine di principi comunque diversi dai primi. D'altro canto, se è vero che la Costituzione nel suo insieme è un "sistema" di norme fondanti la Repubblica, non è tuttavia accettabile un esito teorico-ricostruttivo che finirebbe con il sottrarre a revisione in buona sostanza ogni disposto (o quasi), sol perché appunto strumentale all'affermazione di quelli che enunciano principi.

Di tutto ciò, ad ogni buon conto, è altra la sede per gli opportuni approfondimenti.

²⁶ Forse, il maggior numero di esse ha avuto ad oggetto l'art. 9, con l'obiettivo di farvi menzione anche della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema ma non sono mancate – come si passa subito a dire nel testo – neppure quelle specificamente pertinenti l'oggetto del nostro studio, seppur non direttamente riguardanti il vessillo nazionale. È singolare, comunque, la circostanza per cui, malgrado i larghi (e talora larghissimi) consensi registratisi attorno ad alcune proposte di revisione, ugualmente non si sia riusciti a concretarle.

²⁷ In tema, v., almeno, A. GUAZZAROTTI, *Legalità senza legittimazione? Le "clausole europee" nelle Costituzioni degli Stati membri dell'U.E. e l'eccezione italiana*, in [Costituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), 3/2019, 12 novembre 2019, 1 ss.

costituzionale che – come si sa – ha riportato in capo all’art. 11 la “copertura” di cui gode in ambito interno il diritto sovranazionale.

Ebbene, laddove questa iniziativa dovesse finalmente vedere la luce, a me pare che non possa non essere accompagnata dalla revisione altresì dell’art. 12, magari – perché no? – inserendo nella parte centrale della bandiera le stellette che simboleggiano l’Unione e, con esse, la identità internamente composta della Repubblica, per una parte risultante appunto dalla sua appartenenza all’Unione stessa²⁸.

Le due innovazioni costituzionali in parola si integrano e completano a vicenda, dando un senso peraltro alla loro consecuzione non casuale, l’una giustificandosi, oltre che in sé e per sé, anche (e soprattutto) nello spianare la via all’altra.

Si potrebbe per vero obiettare che di tutto ciò non si avverta il bisogno. La “copertura” offerta al diritto europolitano non si discute ormai più; e, dunque, resti così com’è l’art. 11 ovvero venga modificato nel senso sopra indicato, le cose sostanzialmente non cambierebbero. Un’obiezione che, nondimeno, non mi parrebbe essere risolutiva, sol che si pensi che non poche volte il diritto positivo fa luogo alla “razionalizzazione” di indicazioni venute dalla giurisprudenza o anche meramente affermatesi in via di fatto, dandone quindi una comunque non superflua chiarificazione e stabilizzazione²⁹.

D’altro canto, le due bandiere, la nazionale e quella europea, sono sovente congiuntamente esposte, a simboleggiare appunto la nostra doppia appartenenza quali cittadini dello Stato e dell’Unione stessa; e, ancora una volta, non si vede quale beneficio dovrebbe aversi per effetto delle innovazioni qui prospettate.

Di più: come pure si accennava poc’anzi, il parziale mutamento del simbolo potrebbe ingenerare l’erroneo convincimento che l’integrazione sovranazionale si sia ormai perfezionata, che sia insomma *pleno* o *optimo iure* matura. Un’obiezione che, tuttavia, non mi parrebbe essa pure irresistibile, nulla escludendo che il simbolo suddetto indichi piuttosto il verso di un cammino in corso, di un obiettivo che si vuole fermamente raggiungere. In fondo, così è per ogni principio fondamentale, a partire da quello democratico col quale si apre il libro costituzionale, tutti esprimendo *valori tendenziali* dell’ordinamento, in parte già raggiunti ed appagati ma in parte ancora (e, forse, proprio nella maggior parte) bisognosi di essere conquistati e giorno dopo giorno messi al riparo da insidie loro da più parti mosse.

Alla proposta di revisione qui affacciata si potrebbe, poi, obiettare che essa potrebbe venire smentita da una ipotetica dissoluzione o, comunque, da una profonda trasformazione dell’Unione: un evento che potrebbe aversi anche malgrado gli sforzi compiuti dal nostro Paese per impedirlo; ed è chiaro che principi e regole della Costituzione non possono di certo farsi valere nei riguardi di agenti esterni, indirizzandosi per loro strutturale vocazione unicamente a quanti (pubblici poteri, formazioni sociali, individui) operano in seno alla Repubblica.

E ancora. Norme quali quelle qui ipotizzate ugualmente non potrebbero far da ostacolo ad un’eventuale (e, a mia opinione, dissennata) *Italexit*, che dunque potrebbe essa pure affermarsi malgrado ogni diversa indicazione data dalla Carta³⁰.

Questi scenari o altri ancora astrattamente immaginabili – al di là della circostanza che ad oggi non si vede alcun segno che incoraggi a tenerli realisticamente presenti³¹ – non inficiano la validità

²⁸ Ho affacciato questa ipotesi, ma senza adeguato svolgimento argomentativo, nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*⁵, Giappichelli, Torino 2009, 38.

²⁹ Il rapporto tra la scrittura costituzionale e l’esperienza è, peraltro, assai complesso e non può essere, di tutta evidenza, fatto qui oggetto neppure di una sommaria rappresentazione. Il moto che tra di esse s’intrattiene è, ad ogni buon conto, circolare, di mutua condizionalità, in forme varie e con effetti parimenti di vario segno, specie per ciò che concerne l’incidenza da essi avuti nei riguardi dei diritti fondamentali.

³⁰ In tema, tra gli altri, R. BIN, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 813 ss., e A. MIGLIO, *Le incertezze dell’Italexit tra regole costituzionali interne e diritto dell’Unione europea*, in Federalismi.it, 12/2019, 19 giugno 2019.

³¹ ... eccezion fatta, forse, per un inquietante rigurgito di nazionalismo becero ed antistorico che, qualora dovesse ulteriormente crescere e viepiù radicarsi (da noi come altrove), potrebbe esercitare una temibile spinta nel verso della

della proposta qui affacciata, per una ragione elementare d'immediata evidenza. Gli eventi sopra astrattamente prefigurati s'inscrivono, infatti, tutti in un contesto che vede l'affermazione prepotente di un nuovo potere costituente, in sede nazionale (con riguardo ad una eventuale *Italexit*) o sovranazionale (per il caso di una dissoluzione dell'Unione, anche malgrado la "resistenza" al riguardo giocata dal nostro Paese). D'altro canto, è doveroso ammettere – a me pare – che lo stesso avvento delle Comunità europee prima e quindi dell'Unione s'inscriva in questo quadro, secondo quanto è peraltro avvalorato da plurimi segni non altrimenti spiegabili secondo la teoria costituzionale classica, i cui esiti ricostruttivi di maggior significato sono stati forgiati – come si sa – in un tempo che vedeva lo Stato sovrano in sé e per sé, in grado dunque di provvedere con le sue sole forze all'appagamento dei più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale³².

Immaginare un'*Italexit* non è, dunque, cosa diversa da immaginare un qualunque fatto eversivo dell'ordine costituzionale, la cui affermazione – com'è chiaro – travolgerebbe l'intera Costituzione col fatto stesso di portare alla mortificazione dei valori fondamentali positivizzati e di determinare l'abbandono di strumenti normativi rivelatisi preziosi al fine di dare appagamento ai diritti costituzionali³³. Basti solo por mente al fatto che una vicenda siffatta si porrebbe in contraddizione palese con il canone fondamentale che vuole sottoposta a limitazioni la sovranità³⁴; e, dunque, potrebbe giustificarsi unicamente qualora si desse previamente la prova che l'Unione si sarebbe talmente trasformata, tradendo la propria genuina vocazione, da non porsi più in funzione servente nei riguardi della pace e della giustizia tra le nazioni (e, di riflesso, dei principi di libertà ed eguaglianza che dalle limitazioni stesse traggono alimento e sostegno).

Quand'anche, poi, non dovesse assistersi alla formale rimozione dei principi fondamentali, così come d'altronde molte volte si è avuto (e si ha) in presenza di fatti costituenti, ugualmente gli stessi resterebbero devitalizzati, incapaci di potersi affermare nell'esperienza. Vale per *qualunque* principio, iscritto dalla mano del Costituente, e varrebbe perciò anche per quelli aggiunti o modificati con le procedure di cui all'art. 138.

4. Una minima notazione finale

Un punto, ad ogni buon conto, è da tenere fermo; e mi preme qui metterlo in chiaro. Ed è che la proposta qui delineata non s'inscrive in un contesto segnato dall'avvento di un nuovo potere costituente, che non soltanto non caldeggiò ma giudicherei nefasto per il nostro Paese e, qualora dovesse affermarsi in ambito sovranazionale, per l'intera Europa. Di contro, la revisione

chiusura del singolo ordinamento in se stesso e del suo isolamento da forme di aggregazione sovranazionale. Ad oggi, ad ogni buon conto, le forze politiche di centrodestra si presentano divise per ciò che attiene l'indirizzo da perseguire nei rapporti con l'Unione; la qual cosa – com'è chiaro – dal punto di vista qui adottato costituisce, per fortuna, una garanzia avverso una ipotetica *Italexit*. Dal suo canto, l'Unione stessa, malgrado i non pochi fattori di attrito che ne hanno sempre segnato (e ne segnano) il non lineare e non poco sofferto cammino, non presenta al proprio interno crepe tali da far temere che possa sciogliersi come un pupazzo di neve al sole. È pur vero, tuttavia, che la storia conosce numerosi esempi di discontinuità costituzionale, inimmaginabili persino fino ad un breve torno di tempo dal loro accadimento (per tutti, l'abbattimento del muro di Berlino, con ciò che vi ha fatto seguito nell'Europa dell'est). Mai, dunque, dire mai...

³² Si pensi solo al fatto che le leggi ordinarie che hanno dato ricezione ai trattati comunitari hanno portato alla "invenzione" di un intero sistema di fonti dotate di rango costituzionale, in disprezzo dell'aureo insegnamento crisafulliano secondo cui nessun atto di normazione può istituire altri atti "concorrenziali" rispetto a sé o, addirittura, di forza ancora maggiore.

³³ Penso, ora, specificamente alla Carta di Nizza-Strasburgo ed a ciò che ha rappresentato (e rappresenta) la giurisprudenza della Corte dell'Unione al fine della implementazione dei diritti fondamentali.

³⁴ Non è inopportuno qui rammentare che le limitazioni in parola non rientrano tra le facoltà di cui lo Stato (e, per esso, gli organi della direzione politica) possono avvalersi come pure non avvalersi, secondo apprezzamenti meramente discrezionali o, diciamo pure, politici *tout court*, bensì sono anche (e, forse, soprattutto) espressioni di obblighi gravanti a carico dello Stato stesso, al cui adempimento quest'ultimo non può sottrarsi in quanto tenuto a perseguire con tutte le forze di cui dispone i fini-valori della pace e della giustizia tra le nazioni, senza i quali nessun altro valore (a partire da quelli di libertà ed eguaglianza) è più in grado di reggersi in piedi e farsi valere.

costituzionale riguardante gli artt. 11 e 12 vuol essere espressione di potere costituito, ponendosi quale mera “razionalizzazione” dell’esistente e, a un tempo, quale lineare (e, a mia opinione, obbligato) sviluppo di una indicazione che è già nell’art. 11 quale oggi è, di una intuizione felice cioè del Costituente che, prefigurando limitazioni di sovranità in funzione servente della pace e della giustizia tra le nazioni, ha posto le basi per la costruzione dell’edificio europeo, per la cui erezione – non si dimentichi – il nostro Paese è stato tra quelli che hanno posto i primi mattoni.

La stessa menzione dell’Unione in seno ai principi fondamentali, qualora – come mi auguro – dovesse aversi, si porrebbe quale il mero aggiornamento e l’esplicitazione di ciò che – per una tesi ormai indiscussa – si considera essere già *in nuce* nella formulazione attuale dell’art. 11, la messa in chiaro insomma di ciò che si è costruito in Europa grazie al poderoso sforzo collettivo posto in essere da un numero col tempo crescente di Stati.

Il potere costituente è, per definizione, eversione dell’ordine costituzionale e trasformazione profonda della realtà preesistente maturata sulla base di esso³⁵; qui, invece, si tratta solo di un coerente e – a me pare – lineare sviluppo positivo di alcune indicazioni della Carta non sufficientemente esplicitate che fotografa la realtà in atto, non la travolge.

Se nutriamo la ragionevole fiducia che la Costituzione possa avere lunga vita e, con essa, fiorire e sempre di più radicarsi in Europa l’Unione alla quale apparteniamo, l’aggiornamento del tricolore non ha altro fine che quello di dar modo alla nostra identità nazionale di fare tutt’uno con l’identità costituzionale, sì da consentire a questa di rispecchiarsi a pieno in quello. E, invero, l’identità in parola non soltanto non soffre alcuna menomazione dall’adeguamento della bandiera ma, anzi, ne viene in modo ancora più fedele rappresentata. La nostra è, infatti, come si è veduto, una identità “plurale”, internamente composita, della quale una delle sue componenti rimane ad oggi indebitamente occultata.

L’aggiornamento grafico della bandiera rimedia, pertanto, ad un ritardo che giova colmare e, allo stesso tempo, rilancia con vigore l’idea di una sovranità non chiusa sterilmente in se stessa bensì spartita tra più sedi istituzionali, sì da poter essere spesa e fatta valere per l’ulteriore affermazione dei valori fondanti la Repubblica, a partire da quelli che nel modo più immediato e diretto attengono alla salvaguardia dei diritti fondamentali della persona umana.

L’essenza della Costituzione, insomma, risulta – a me pare – ancora di più rafforzata e preservata dalla innovazione qui prospettata, specie laddove preceduta dall’altra, sopra indicata, riguardante l’art. 11. Se da esse la pace e la giustizia tra le nazioni ne hanno beneficio, per ciò stesso ne hanno un guadagno anche i valori fondamentali di libertà ed eguaglianza che da quelle – come si è rammentato – traggono costante e vitale alimento. Ed allora, se le cose stanno così come qui sono viste, perché indugiare ancora?

³⁵ Non torno qui nuovamente a discutere della tesi secondo cui il potere costituente sarebbe ormai “esaurito”, ogni innovazione alla Carta, quale che sia il modo con cui prende forma e la consistenza posseduta, ponendosi nel segno della continuità costituzionale (ragguagli in M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all’innovazione costituzionale*, in AA.VV, *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, a cura di E. Ripepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1995, 7 ss.). Come si è poc’anzi osservato e si tiene qui pure a rimarcare, la storia purtroppo ci consegna non poche, tristi testimonianze del fatto che le cose non stanno così e che i rivolgimenti, anche profondi, possono aversi pur laddove si pensa che non vi sia terreno fertile per il loro accadimento.

Giovanni Botto

Valutazione ambientale strategica e pianificazione urbanistica: tra principio di precauzione e anti-formalismo*

ABSTRACT: *This contribution aims to highlight the reconstruction of the regulations regarding environmental impact assessments, with particular attention to the strategic environmental assessment, recently carried out by the Council of State. Specifically, the analysis focuses on the relationship between these assessments and the more general principles of prevention and precaution, highlighting the specific enhancement that is made of the latter by the Administrative Judge. Indeed, we can note the adoption of an interpretative scheme devoted to substantive and not merely formal compliance with the regulations set up to protect the environment. Of particular interest is the statement that, in the urban context, the EIA is part of a sort of evaluative continuum in which each previous evaluation must be taken into consideration for subsequent, so getting this evaluation within the binaries of the mere scan of the urban planning procedure is likely to bring the value of the protection in question under the aegis of mere formalism. Finally, the contribution highlights the interpretation reaffirmed by the Council of State in relation to the long-standing question of the relationship between the proceeding Authority and the competent Authority in matters of EIA.*

SOMMARIO: 1. Attualità della vicenda e rilevanza della pronuncia – 2. La vicenda oggetto di giudizio ed i motivi di ricorso – 3. Inquadramento generale ed anticipazione di alcune questioni rilevanti – 4. L’orientamento del Consiglio di Stato sulla postergazione della VAS e sulla relativa nozione di “opzione zero” – 5. In merito al rapporto tra autorità procedente e autorità competente – 6. Osservazioni conclusive.

1. Attualità della vicenda e rilevanza della pronuncia.

La vicenda oggetto della pronuncia in rassegna è espressione efficace di una delle problematiche che più spesso riguardano i procedimenti amministrativi di valutazione ambientale: la tensione tra il pedante formalismo delle regole e la necessità di un’amministrazione forte, flessibile e decisa nell’esercizio della propria discrezionalità. Come segnalato in dottrina¹, infatti, la predisposizione e l’attuazione della tutela ambientale presuppongono una pubblica amministrazione che non rinunci all’esercizio del proprio potere decisionale e che sia pronta a favorire il raggiungimento dell’obiettivo sostanziale di bilanciamento tra gli interessi coinvolti piuttosto che il rigido rispetto della forma. Nel caso di specie, per i motivi che si specificheranno, la condotta tenuta dall’Amministrazione coinvolta ha rappresentato un positivo esempio di esercizio di detto potere amministrativo di bilanciamento e la pronuncia del Consiglio di Stato in oggetto² si distingue per l’approccio generale prospettato nei confronti della tematica ambientale e si dimostra cosciente del delicato ruolo svolto dal Giudice Amministrativo in tale contesto.

2. La vicenda oggetto di giudizio ed i motivi di ricorso.

Nel 2009, una nota Associazione operante nel settore ambientale, di concerto con altri soggetti, impugnava innanzi al T.A.R. Lombardia³ la delibera di un Consiglio Comunale italiano con cui si ratificava il terzo accordo di programma riguardante la realizzazione di un “Polo per la ricerca e lo

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ A. FARÌ, *Ambiente e innovazione. Una prospettiva giuridica*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell’Ambiente*, 2020, 3.

² Cons. Stato, Sez. II, 1 settembre 2021, n. 6152.

³ Da cui T.A.R. Lombardia, Sez. I, 16 gennaio 2014, n. 184, reperibile in [Giustizia Amministrativa](#).

sviluppo tecnologico per la zootecnica ed il settore agroalimentare di livello europeo”. Ancora, tramite motivi aggiunti, l’Associazione ricorrente chiedeva l’annullamento delle delibere comunali di approvazione del Piano di governo del territorio (d’ora in poi PGT)⁴.

Suddetti atti, ad avviso della ricorrente, risultavano viziati dalla mancanza della valutazione ambientale strategica (d’ora in poi VAS⁵) in relazione all’Accordo di programma. La VAS che, successivamente, veniva predisposta con riferimento al PGT sarebbe stata adottata, infatti, in violazione del principio di prevenzione dal momento che il Progetto si limitava a recepire quanto definito nell’Accordo di programma. La valutazione, dunque, non poteva che risultare, contrariamente a come dovrebbe, postuma rispetto alla programmazione. Tale stato di cose sarebbe stato dimostrato, secondo gli eccipienti, dal contenuto della VAS intervenuta che si distinguerebbe per la sua scarsa pregnanza.

Il T.A.R. per la Lombardia dichiarava improcedibile il ricorso introduttivo della lite dal momento che l’Accordo di programma risultava superato dal PGT e respingeva i motivi aggiunti ritenendo non provati «gli eventuali profili di contrasto ambientale della VAS del PGT, effettuata prima della sua approvazione, sulla base del parere espresso dal responsabile di un settore comunale diverso da quello preposto alla redazione della proposta, e ciò in conformità con la disciplina comunitaria in materia»⁶.

L’Associazione, conseguentemente, proponeva appello nei confronti di tale decisione articolando sette motivi di gravame dei quali, di seguito, si enucleano i più rilevanti ai fini della presente disamina.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta l’errata interpretazione della normativa europea e nazionale di recepimento in materia di VAS⁷: si afferma che «La normativa comunitaria e quella nazionale e regionale di recepimento, infatti, richiedono che essa, per potere assolvere alle finalità di cautela che la connotano, sia preventiva, e che contempli anche la c.d. “opzione zero”. La mancanza di VAS nel procedimento sfociato nell’Accordo di programma, il cui contenuto è confluito nel Piano, ha fatto sì che quest’ultimo ne costituisca formale recepimento, senza alcuna sostanziale ponderazione dell’impatto ambientale conseguente»⁸. La violazione della finalità preventiva sarebbe inoltre confermata, come esposto nel quarto motivo di ricorso che qui si anticipa, dalla nomina dell’Autorità competente alla valutazione ambientale a notevole distanza di tempo dall’inizio dell’iter di approvazione del PGT.

Attraverso il secondo motivo di ricorso, si lamenta l’inadeguatezza dell’istruttoria espletata dal Giudice di primo grado in quanto la suddetta asserita assenza di valutazione ambientale sarebbe facilmente deducibile, come si accennava, da evidenti elementi di contraddizione, nonché dalla effettiva posticipazione della valutazione ambientale con riferimento ad alcune attività di programmazione, quale la localizzazione del c.d. “*Business Park*”⁹.

Il quarto motivo di ricorso, invece, afferisce ad una questione che da tempo impegna gli interpreti europei e nazionali¹⁰: il rapporto tra Autorità procedente ed Autorità competente che, come noto,

⁴ Introdotto dalla legge regionale lombarda 11 marzo 2005, n.12, ha sostituito il piano regolatore generale quale strumento di pianificazione urbanistica.

⁵ Il procedimento amministrativo preordinato all’integrazione, nei piani e programmi di sviluppo, di considerazioni ambientali. Per i riferimenti normativi si veda la nota n. 4. A titolo esemplificativo si veda R. DI GIULIO, *La valutazione ambientale strategica. Il rapporto ambientale. Le consultazioni del pubblico e delle autorità interessate*, in *Giustamm*, 2007, 2; S. SCARASCIA MUGNOZZA, *Le procedure di valutazione ambientale strategica*, *ivi*, 2018, 9; L. GALLO, *La valutazione ambientale strategica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., III, Torino, 2008; più in generale si veda anche O. H. KASSIM, *La nozione di ambiente per lo sviluppo e gli strumenti per veicolarne l’applicazione: le valutazioni ambientali*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, 2020, 1.

⁶ Cons. Stato, Sez. II, 2021, n. 6152, cit.

⁷ Direttiva 2001/42/CE del 27 giugno 2001 recepita dall’ordinamento italiano tramite il D. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, modificato e integrato dal D. Lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 e dal D. Lgs. 29 giugno 2010, n. 128.

⁸ Cons. Stato, Sez. II, 2021, n. 6152, cit., par. 3.

⁹ Altrimenti definibile come parco logistico, un sistema integrato di servizi riuniti nell’ambito della medesima area geografica al fine di garantirne la più agevole, piacevole e sicura fruizione.

¹⁰ In tal proposito si veda T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 17 maggio 2010, n. 1526; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 21 luglio 2017, n. 1659; Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 133; CGUE, 20 ottobre 2011, C-474/10. In merito si vedano i contributi di M. CERUTI, *La fase della consultazione nella valutazione ambientale strategica di piani e programmi: la Corte di Giustizia detta agli Stati membri le regole per la designazione dell’autorità competente (interna*

rappresentano i due soggetti dalla cui reciproca collaborazione dipende l'esito della procedura di VAS. A detta dell'Associazione ricorrente il Settore del Comune individuato quale Autorità competente non avrebbe goduto della terzietà necessaria al corretto svolgimento del proprio compito; si afferma, infatti, che «La commistione tra politica e gestione tipica del procedimento di approvazione degli atti di pianificazione urbanistica, di competenza del Consiglio comunale, presieduto dal Sindaco, che nel contempo è anche il vertice dell'apparato burocratico, renderebbero quest'ultimo inevitabilmente condizionato dalle scelte imposte dal primo»¹¹.

Avverso il ricorso così riassunto, si sono costituiti in giudizio l'Ateneo coinvolto, la Regione ed il Comune interessati, richiedendo la conferma della sentenza emessa dal Giudice di prime cure e affermando, a monte, la non necessarietà della VAS in relazione al PGT.

3. Inquadramento generale ed anticipazione di alcune questioni rilevanti.

Prima di procedere alla disamina della motivazione redatta dal Consiglio di Stato, è opportuno procedere ad un inquadramento generale della questione relativa alla VAS di talché sia possibile individuare con maggiore chiarezza i punti focali della decisione del Giudice d'appello.

La VAS, disciplinata dalla seconda parte del d. lgs. n. 152/2006¹², consiste, così come la valutazione di impatto ambientale (VIA)¹³, in un procedimento amministrativo a carattere preventivo, sede di bilanciamento dei due interessi fondamentali che, canonicamente, entrano in conflitto nel contesto in questione: l'interesse alla tutela ambientale e l'interesse alla libera iniziativa economica ed a tutte quelle attività che ad essa sono connesse¹⁴.

Tradizionalmente, tale valutazione viene spiegata quale estrinsecazione del principio di prevenzione¹⁵, uno dei più importanti in materia di diritto ambientale. È d'uopo sottolineare questo elemento poiché, come si avrà modo di vedere, la decisione del Giudice di secondo grado non menziona suddetto principio di prevenzione, ma si riferisce esclusivamente a quello di c.d. "precauzione"¹⁶. Quest'ultimo, lungi dall'essere un mero sinonimo del primo richiamato, rappresenta

o esterna all'ente pianificatore?) e dei termini congrui per l'espressione del parere, in Riv. Giur. dell'amb., 2012, 2, 234; U. FANTIGROSSI, Autonomia e terzietà per l'autorità competente in materia di VAS, in Riv. Giur. Dell'amb., 2010, 6; S. AMOROSINO, La valutazione ambientale strategica dei piani territoriali urbanistici e il silenzio assenso di cui al nuovo art. 17 bis, l. n. 241/1990, in Urb. e app., 2015, 12, 1245 ss.

¹¹ Cons. Stato, Sez. II, 2021, n. 6152, cit., par. 3.

¹² Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

¹³ In proposito si vedano, *ex multis*, S. Nespore, A. L. De Cesaris (a cura di), *La valutazione di impatto ambientale*, Giuffrè, Milano, 1991; G. CAIA, *La valutazione di impatto ambientale nel quadro degli strumenti di tutela: spunti di riflessione*, in *Regione e Governo locale*, 1995, 3; R. Ferrara (a cura di), *La valutazione di impatto ambientale*, Cedam, Padova, 2000; M. CECCHETTI, *La riforma dei procedimenti di valutazione d'impatto ambientale tra d.lgs. n. 104 del 2017 e Corte costituzionale n. 198 del 2018*, in www.federalismi.it, 2019, 1; E. AMANTE, *La valutazione di impatto ambientale secondo il Consiglio di Stato*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2020, 4.

¹⁴ G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2021, 262 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, 65-71.

¹⁵ M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, 1-2, 62-63; U. SALANITRO, *I principi generali del Codice dell'ambiente*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 1, 105; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 4; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, Giappichelli, 2007.

¹⁶ A. AMENDOLA, *Il principio di precauzione nell'attività della p.a. per la gestione dei rischi*, reperibile in diritto.it; A. LONGO, F. M. DISTEFANO, *Il ruolo del principio di precauzione nella tutela del bene ambiente fra diritto amministrativo e penale*, in www.federalismi.it, 2019, 16; R. BERTUZZI, A. TEDALDI, *Il principio di precauzione in materia ambientale*, in www.tuttoambiente.it, 2017; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, Milano, 2005, 289; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 1075; R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2020, 1; P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2004; R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile"?*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2012, 2.

ulteriore pilastro del diritto ambientale che ne esprime un'esigenza particolare e meno evidente nella sola prevenzione: quella di flessibilità e adattività delle azioni a tutela dell'ambiente.

Questa distinzione risulta essenziale alla comprensione dell'approccio delineato dalla motivazione del Consiglio di Stato che nega l'utilità di applicare un rigido e tipicamente "amministrativo" formalismo ad un contesto in continua evoluzione quale quello ambientale.

Il principio di precauzione, sebbene nella normativa europea sia definito per primo rispetto a quello di prevenzione, può essere considerato una derivazione di quest'ultimo, una sua evoluzione. In linea di estrema sintesi, la distinzione tra i due principi riguarda sostanzialmente il grado di certezza del rischio ambientale di volta in volta in oggetto¹⁷. Qualora il danno sia certo, trova sicuramente applicazione lo schema operativo della prevenzione che impone di valutare, in via necessariamente preventiva, l'esatto impatto ambientale degli atti antropici e di sottoporli ai limiti necessari a contemperare gli interessi che li sostengono con la necessaria tutela dell'ambiente.

Qualora, invece, non vi sia certezza del danno ambientale, in ossequio all'adagio "*better safe than sorry*", si applica il principio di precauzione in base al quale «l'incertezza scientifica non può costituire il pretesto per giustificare la mancata adozione di un provvedimento di tutela»¹⁸. Si tratta, come sottolineato anche dalla dottrina¹⁹, di un rafforzamento del principio di prevenzione.

A bene vedere, tuttavia, i due principi, pur nel rapporto che si è descritto, accedono a schemi operativi diversi dal momento che, anche etimologicamente, la precauzione indica la cautela nel procedere di fronte all'incertezza, mentre la prevenzione si denota per la necessaria, appunto, "preventività" nell'imporre limitazioni all'agire umano. A dimostrazione di ciò è possibile ricordare che il principio di precauzione può venire in rilievo anche nel caso di una attività, avente impatto ambientale, già autorizzata e, in presenza di concreti indizi di un possibile impatto maggiore e non preventivato, porsi a fondamento degli eventuali atti d'urgenza necessari ad evitare o limitare il danno²⁰.

In relazione a quanto appena detto, risulta utile ricordare, inoltre, il differente campo di applicazione della VAS rispetto alla VIA. In base all'art. 5, lett. e), del d.lgs. n. 152/2006, la valutazione strategica ha ad oggetto "piani e programmi"²¹, mentre l'art. 5, lett. g), della medesima normativa richiede la VIA con riferimento ai "progetti", ossia a realizzazioni puntuali. In altri termini, la VAS è una valutazione riferentesi ad un oggetto meno definito, in quanto afferente alla dimensione della programmazione. Di conseguenza, riguarda una fase in cui anche la percezione del possibile impatto ambientale presenta un minor grado di certezza. La VIA, invece, si inserisce in un contesto già ampiamente definito anche con riferimento al possibile danno ambientale derivante dall'atto antropico.

In tal senso, dunque, la VAS, a parere di chi scrive, presenta un'aderenza maggiore al principio di precauzione, laddove, invece, la VIA appare di più diretta derivazione dal principio di prevenzione, di talché l'aspetto della "preventività" risulta, in quest'ultimo caso, di più netta rilevanza rispetto al caso della valutazione strategica che, soprattutto nel caso della pianificazione urbanistica accede ad un contesto che si evolve costantemente, senza soluzione di continuità ed in cui anche la percezione dell'impatto umano sull'ambiente si chiarisce gradualmente al definirsi della programmazione stessa.

La sentenza in rassegna, in cui il principio di precauzione è più volte richiamato, pare affermare proprio quanto detto, permettendoci di svolgere alcune riflessioni con riferimento specifico alla VAS ed alla nozione di "preventività", nonché di "opzione zero"²² ad essa afferenti.

¹⁷ G. M. PALAMONI, *Il principio di prevenzione*, in AMBIENTEDIRITTO.it 2014, 9.

¹⁸ *Ibidem*, cit., 8.

¹⁹ *Ibidem*, cit.

²⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 23 giugno 2021, n. 4802. A titolo di approfondimento si veda G. IACOVONE, A. IACOPINO, *Precauzione e prevenzione: nel dedalo delle competenze comunali, regionali e statali si attenua la tutela dei (diritti fondamentali dei) cittadini*, in [Giustizia Insieme](http://GiustiziaInsieme) 2021.

²¹ M. P. GENESIN, *I concetti "indefiniti" di piano e di programma nella disciplina della valutazione ambientale strategica*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2019, 2.

²² Da intendersi, in via generale, come la valutazione dello scenario ambientale in assenza dell'intervento antropico. Si tratta dell'alternativa "*do nothing*", quella cioè del non procedere all'intervento progettuale.

4. *L'orientamento del Consiglio di Stato sulla postergazione della VAS e sulla relativa nozione di "opzione zero".*

Il Consiglio di Stato ha dichiarato l'appello dell'Associazione infondato nel merito e, in apertura, ha svolto una breve disamina della normativa in materia di VAS, anche alla luce del quadro europeo, rimarcando l'importanza di adottarne «una lettura ispirata al rispetto del principio di precauzione in una prospettiva di sviluppo durevole e sostenibile di uso del suolo»²³, nonché alcune criticità, riscontrate anche in dottrina²⁴, in merito al sistema di ripartizione della competenza tra Stato e Regioni e nell'ambito delle Regioni stesse secondo il criterio di corrispondenza del livello territoriale tra attività pianificatoria e valutativa che pone in capo ai Comuni, spesso non adeguatamente attrezzati, l'attività di valutazione strategica.

Procedendo all'analisi dei motivi di ricorso, il Giudice ha trattato congiuntamente i primi due motivi in virtù della loro «sostanziale omogeneità contenutistica»²⁵ riguardante la postergazione della VAS all'effettiva attività pianificatoria, dal momento che il PGT si limitava a confermare quanto stabilito nell'Accordo di programma che non era stato, a sua volta, preceduto da valutazione strategica. In tale ricostruzione, la ricorrente asseriva la mancata valutazione dell'opzione zero, nonché l'illegittimità del rinvio della valutazione ambientale sul *Business Park*.

Dalla motivazione del Consiglio di Stato emerge una distinzione tra la nozione di opzione zero afferente alla VAS e quella afferente alla VIA. Si richiama, infatti, la direttiva 2001/42/CE che, in relazione alla VAS prevede che «debbono essere valutate e previste sia la situazione attuale (scenario di riferimento), sia la situazione ambientale derivante dall'applicazione del Piano in fase di predisposizione, sia le ragionevoli alternative alla luce degli obiettivi e dell'ambito territoriale del piano o del programma»²⁶. Inoltre, aggiunge il Collegio, la normativa «non dice cosa debba intendersi per ragionevole alternativa a un piano [...] sicché l'appellante non può pretendere che l'alternativa al PGT si identifichi nella sua mancata adozione». Sempre in questa direzione, il Consiglio di Stato riprende le affermazioni della Direzione generale dell'Ambiente della Commissione europea per cui «le alternative ovvie sono usi diversi di aree designate ad attività o scopi specifici, nonché aree alternative per tali attività». Ancora, continua la pronuncia, l'Allegato I alla direttiva (lett. b) prevede che tra le informazioni che compongono la VAS debbano esserci anche quelle relative alla «evoluzione probabile senza l'attuazione del piano o del programma».

Proseguendo, il Giudice d'appello afferma che «secondo l'argomentazione di parte, in alcun modo la VAS avrebbe potuto essere preventiva, se non azzerando la previsione del Polo [...] ricostruzione estranea sia al concetto di opzione zero nella VAS per come declinata nella normativa europea e nazionale, sia alla sua attuazione al procedimento in controversia, il cui sviluppo negli anni è connotato da plurimi approfondimenti della tematica ambientale»²⁷.

Da tali affermazioni il Consiglio di Stato deriva un'interpretazione estremamente interessante: la valutazione dell'opzione zero nell'ambito della valutazione strategica richiede che sia configurato lo scenario derivante dalla mancata attuazione del piano e non dalla mancanza del piano stesso. La valutazione delle alternative, dunque, seppur necessaria, non rappresenta un ostacolo alla prosecuzione del programma.

In un certo senso, stando a quanto affermato dal Giudice, nel contesto urbanistico la VAS si inserisce in una sorta di *continuum* valutativo in cui ogni valutazione precedente dev'essere presa in considerazione per le successive, indi per cui a voler ricondurre tale valutazione, come pare voler fare l'Associazione ricorrente, nei binari della secca scansione del procedimento urbanistico si «finisce

²³ Cons. Stato, Sez. II, 2021, n. 6152, cit., par. 12.

²⁴ Ad esempio, da parte di G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 264.

²⁵ Cons. Stato, Sez. II, 2021, n. 6152, cit., par. 18.

²⁶ *Ibidem*, par. 19.

²⁷ *Ivi*, par. 21.

per ricondurre sotto l'egida del mero formalismo e della petizione di principio le doglianze avanzate»²⁸.

Conseguentemente, anche la questione relativa al rinvio della VAS sul *Business Park* non si pone in contrasto con le esigenze di cautela insite nell'istituto; infatti, «del tutto responsabilmente [...] il Comune di [...] ha indicato in una successiva VAS, necessariamente di maggior dettaglio in quanto correlata alle specifiche attuative concretamente individuate, lo strumento più consono per la (nuova) ponderazione della compatibilità dell'intervento con l'ambiente»²⁹.

Nella interpretazione del Consiglio di Stato, dunque, la VAS si configura, come si è anticipato nel corso del secondo paragrafo del presente scritto, quale strumento utile alla gestione del rischio ambientale in una fase, quella di pianificazione o programmazione, che, per la sua indefinitezza, richiede di procedere con cautela ed, eventualmente, con successivi rinvii ad un momento di maggiore chiarezza applicativa.

Si spiega il motivo per cui si affermava (vedi *supra*) una più accurata derivazione della disciplina della VAS dal principio di precauzione richiamato a più riprese dal Consiglio di Stato.

In *favor* di completezza, infatti, suddetto Giudice, analizzando la questione dal punto di vista della VIA ricorda che il d.lgs. 152/2006 effettua espresso riferimento all'alternativa zero e, dunque, in questo caso, allo scenario ambientale al ricorrere della mancata realizzazione del progetto. La necessaria preventività della valutazione di impatto non può discutersi in tale contesto poiché afferisce ad una realizzazione concreta ed effettiva per la quale non può che esservi maggior consapevolezza in merito al grado di impatto ambientale.

5. In merito al rapporto tra autorità procedente e autorità competente.

Come si è anticipato, con il quarto motivo di ricorso l'Associazione si lamentava della convergenza nel medesimo Ente della funzione di autorità procedente ed autorità competente. A bene vedere, si tratta di una situazione tutt'altro che eccezionale, soprattutto in ambito non statale, che ha più volte condotto dottrina e giurisprudenza a sondare il grado di distinzione da ritenersi più opportuno tra le due autorità coinvolte.

Come noto, sul punto si sono sviluppati due orientamenti. Un primo³⁰ che opta per una distinzione "forte" e, dunque, riflettentesi anche sul piano soggettivo; un secondo³¹ che, al contrario, ritiene ammissibile una separazione sostanziale e la riconducibilità dei due uffici coinvolti nell'ambito del medesimo Ente.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza in rassegna, ha mostrato di propendere per quest'ultima opzione, peraltro già considerata maggioritaria e sostenuta dalla giurisprudenza europea. Il Collegio rimarca che «dalle definizioni oggi contenute nell'art. 5 del d.lgs. 152/2006 di autorità competente e autorità procedente risulta chiaro solo che entrambe sono amministrazioni, non che le stesse debbano essere diverse o separate»³². Più nello specifico si rimarca che l'interpretazione dell'appellante «desume la necessaria separatezza tra le due autorità dalla implicita convinzione che la VAS costituisca una sorta di momento di controllo sull'attività di pianificazione svolta dall'autorità proponente»³³; tale impostazione sarebbe invece smentita dalla matrice della materia in oggetto che vede le autorità in un rapporto di collaborazione piuttosto che di contrapposizione. Entrambe, di fatto operano in ossequio al medesimo fine: la «formazione di un piano o programma attento ai valori della

²⁸ *Ibidem*, par. 26.

²⁹ *Ibidem*, par. 22.

³⁰ *Ex multis*, E. BOSCOLO, *La VAS nel piano e la VAS del piano: modelli alternativi di fronte al giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2010, 9, 1104 ss.

³¹ *Ex multis*, S. AMOROSINO, *La valutazione ambientale strategica dei piani territoriali urbanistici e il silenzio assenso di cui al nuovo art. 17 bis*, l. n. 241/1990, cit.

³² *Ivi*, par. 34.

³³ *Ibidem*.

sostenibilità e compatibilità ambientale»³⁴. Addirittura, l'eventuale coincidenza soggettiva tra le autorità, sebbene in un contesto di adeguata separazione sostanziale, viene ritenuta fisiologica e preferibile.

Ancora una volta, si può dire, il Consiglio di Stato pare confermare, come fatto con riferimento alla questione della scansione temporale del procedimento di VAS, un'impostazione nettamente anti-formalista in cui il raggiungimento sostanziale dello scopo supera, per importanza, la definizione di compartimentazioni pedanti.

6. Osservazioni conclusive.

Conclusivamente, la recente sentenza che si è brevemente ripercorsa presenta profili di notevole interesse, soprattutto in relazione all'approccio generale che il Giudice ha deciso di mettere in campo con riferimento alla tematica ambientale. Quest'ultima, infatti, ricopre da tempo ed oggi più che mai un ruolo rilevantissimo. L'interesse alla tutela dell'ambiente ha assunto il rango di valore primario dell'ordinamento tale da dover essere bilanciato con gli altri interessi fondamentali che con esso si interpolano. Anche il progetto economicamente e strategicamente più allettante deve necessariamente raggiungere un accettabile punto di equilibrio con l'esigenza di ridurre l'impatto sull'ambiente.

Il principio di prevenzione che impone di agire preventivamente al fine della limitazione del danno ambientale certo, così come il principio di precauzione che implica di intervenire anche in presenza di un danno solo potenziale, rappresentano un costo di cui l'ordinamento deve farsi carico. Come è stato efficacemente detto, «costi quel che costi, il diritto alla salute³⁵ deve essere soddisfatto. Lo stesso dicasi per il diritto all'ambiente»³⁶. Conseguentemente, trattandosi di un valore tanto importante quanto incidente sulle dinamiche economiche del Paese, risulta fondamentale adottare una prospettiva che miri al raggiungimento del risultato sostanziale di tutela piuttosto che al rispetto di procedure strettamente regolamentate.

Il Giudice Amministrativo ha esplicitato questo *modus operandi* nel corso dell'intera motivazione della sentenza; la procedura di VAS nella pianificazione urbanistica si inserisce in un procedimento connotato da grande incertezza operativa che impone, in ossequio al principio di precauzione, di procedere attraverso valutazioni graduali, nonché di rinviare ad un momento successivo le decisioni riguardanti programmi ancora troppo indefiniti. A ben vedere, l'impostazione della ricorrente, estremamente legata al rispetto del dato formale rischia di inficiare la valenza sostanziale stessa delle valutazioni ambientali. Difatti, il solo fatto di far precedere pedissequamente all'intera programmazione la VAS non rappresenta certo garanzia effettiva di gestione del rischio. Se mai, proprio una valutazione rinviata, ma che si basi su un sostrato informativo più completo e definito può concretamente certificare con maggior certezza l'avvenuta piena valutazione dell'impatto ambientale dell'intervento antropico.

L'interpretazione del Consiglio di Stato in merito alla nozione di opzione zero da portare a corredo della VAS è sintomatica di questa prospettiva. La valutazione e la gestione del rischio ambientale nella fase di sola programmazione o pianificazione non possono risultare nella mera rinuncia alle stesse, ma impongono di procedere con cautela; l'opzione zero implica non il venir meno del piano, ma, laddove necessario, la sua non concreta realizzazione.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Sul legame tra diritto alla salute e diritto all'ambiente si veda L. MEZZETTI, *Manuale di diritto dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2001, 117; M. COMPORI, *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, in *Riv. Giur. dell'amb.*, 1990, 1; E. MOSTACCI, *L'ambiente salubre e il diritto alla salute*, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2014, Vol. 1, 282-283.

³⁶ G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., 164. Sul tema del diritto all'ambiente e della sua valenza costituzionale si veda C. DELLA GIUSTINA, *Il diritto all'ambiente nella Costituzione italiana*, in AMBIENTEDIRITTO.it, 2020, 1; S. GRASSI, *Ambiente e costituzione*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2017, 3; P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Ambiente & Sviluppo* (digitale) 2009, 285.

In questa prospettiva, dunque, il comportamento del Comune non deve essere letto quale irrispettoso delle esigenze di cautela sottese alla normativa ambientale, ma dimostra, anzi, una maggiore attenzione per la sostanza di detta tutela.

Una considerazione, dunque, che pare potersi desumere dal ragionamento del Consiglio di Stato riguarda il complesso rapporto tra l'esigenza di bilanciare interessi fondamentali confliggenti, quali lo sviluppo economico e la tutela ambientale, e le concrete modalità attraverso cui tale bilanciamento deve estrinsecarsi. Se gli schemi operativi con cui l'ordinamento reagisce di fronte alla certezza del danno venissero applicati acriticamente, come sembrerebbe proporre l'Associazione ricorrente, alle situazioni di mero rischio si rischierebbe di sacrificare eccessivamente ed indebitamente i valori contrapposti a quello ambientale. Il principio di precauzione è certamente una derivazione rafforzata del principio di prevenzione, ma è altresì opportuno che si estrinsechi secondo schemi che, a fronte di un mero rischio, non sacrificino sul nascere importanti opportunità di sviluppo del territorio. In tal senso, la disciplina relativa alla VAS che si applica a piani e programmi non può essere applicata secondo rigorose categorie di "prima" e "dopo" poiché afferisce ad un contesto in magmatica evoluzione quale quello della pianificazione urbanistica.

Anche la decisione riguardante il rapporto tra autorità procedente e competente deriva da quest'ottica anti-formalista in cui, sembra di potersi dire, l'obiettivo della tutela ambientale non può che essere comune a tutti i soggetti coinvolti.

Risulta evidente come la presente sentenza sia il frutto di una crescente consapevolezza in capo al Giudice amministrativo, anche in materia di urbanistica³⁷ e di edilizia, dell'importanza del suo ruolo³⁸ ai fini del bilanciamento tra sviluppo e sostenibilità e del raggiungimento dell'obiettivo fondamentale cui tendere: lo sviluppo sostenibile³⁹.

³⁷ Sull'importanza di questo aspetto si veda M. S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, in *Rivista di diritto pubblico.*, 1973; D. GRANARA, *procedimenti di valutazione ambientale e l'attività urbanistica ed edilizia*, in *Giustamm* 2013, 6; A. LICCI MARINI, *VAS e pianificazione urbanistica*, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 1, 128; S. Cattaneo (a cura di), *valutazione di impatto ambientale e pianificazione urbanistica*, Giuffrè, Milano, 1992; P. CHIRULLI, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. Amm.*, 2015, 1; R. LEONARDI, *La valutazione ambientale strategica (vas) e i piani urbanistici di dettaglio (pud): quella linea*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2018, 4.

³⁸ R. SESTINI, *Atti al convegno "Il giudice amministrativo italiano fra cambiamento climatico e transizione ecologica"*, in *Giustamm* 2021.

³⁹ F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2012; Vol. 1, 559-608. N. POLITO, *Una nuova etica della responsabilità per lo sviluppo sostenibile: la VIA e la VAS*, in *Ambiente & Sviluppo (digitale)*, 2003, 10, 927; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *il diritto dell'economia*, 2019, 1, 493-529; R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2021, 1.

Andrea Bonomi

**Il divieto di analogia a sfavore del reo:
il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un *unicum****

ABSTRACT: *The paper concerns the role that can assume the prohibition of analogy against the offender in the judgment on the laws. This role is examined both in the "face" of the same prohibition turned to the legislator, and above all in the "face" of the same prohibition addressed to the judge: regarding this second "face" will be analyzed the supposed non-sanctionability in the judgment of the violation of the prohibition of analogy to the detriment of the offender and the vexata quaestio about the distinction, in many cases difficult to delineate, between extensive interpretation and analogy.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il “volto” del divieto di analogia a sfavore del reo rivolto al legislatore ordinario. – 3. Il “volto” del divieto di analogia a sfavore del reo rivolto al giudice: la [sentenza n. 98 del 2021](#) della Corte costituzionale e la valorizzazione di tale “volto” del divieto sotto vari profili. A) L’interpretazione conforme a Costituzione e i dubbi relativi alla violazione del divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”. B) Il divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto” fra prospettiva sovranazionale e prospettiva interna. C) L’ancoraggio costituzionale del divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”. D) Il divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto” e la riferibilità della disposizione incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali. – 3.1. La non sanzionabilità in sede di giudizio sulle leggi della lesione del divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”. – 3.2. La problematica distinzione fra l’interpretazione estensiva e l’analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”. – 3.3. Il rapporto fra la linea di confine esistente tra l’interpretazione estensiva e l’analogia da un lato e il grado di determinatezza delle espressioni linguistiche utilizzate dal legislatore penale dall’altro.

1. Premessa.

È ampiamente noto che al procedimento analogico si ricorre qualora il caso oggetto di risoluzione non rientri in alcuna delle ipotesi astratte formulate dal legislatore e che l’essenza di tale procedimento consiste nell’attribuire al caso non disciplinato dalla legge la regolamentazione prevista per un caso simile che invece è regolato: questo avviene sempre che il caso non contemplato e quello previsto abbiano in comune la *ratio legis*¹ e che dunque l’applicazione al primo della disciplina prevista per il secondo costituisca attuazione né più né meno dell’antica massima *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*².

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Come rileva G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale e l’illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, in [Rivista AIC](#) 6 novembre 2012, 6, affinché si possa ricorrere al procedimento analogico «la concordanza delle *rationes* rimane presupposto indispensabile».

² Come ben rileva A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli 2019, 194, l’operazione analogica soccorre allorquando per ragioni testuali o contestuali non contemplare non significa escludere perché, se non contemplare significa invece escludere, allora è necessaria la decisione additiva; interessanti risultano altresì le osservazioni svolte a suo tempo sotto altro profilo da M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano 1966, 27, secondo il quale l’autorizzazione legislativa all’uso dell’analogia si basa sulla rinuncia del legislatore «alla tentazione di impostare la normazione in termini di riserva assoluta di legge» e sull’opzione «per quella relativa. Il legislatore riserva a sé soltanto le scelte politiche costituenti il fondamento di una certa disciplina e la formulazione di un paradigma esplicito di questa: domanda poi al potere giudiziario... la esplicitazione della ratio e il completamento della disciplina».

È altrettanto noto che, se nel settore penale³ il ricorso all'analogia è precluso in virtù di quanto prevedono sia l'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale⁴ sia gli artt. 1 cod. pen.⁵ e 199 cod. pen.⁶, in tale settore viene unanimemente attribuito anche un fondamento costituzionale al divieto di analogia, da alcuni commentatori definito come il principio di tassatività⁷.

Alcune voci dottrinali rinvergono tale fondamento nel combinato disposto dell'art. 25, comma 3 Cost. e dell'art. 13, comma 2 Cost.: si sostiene che queste disposizioni costituzionali si basano sulla locuzione "casi" e dunque adottano una locuzione sostanzialmente identica a quella utilizzata nell'art. 14 delle preleggi⁸.

Altre voci dottrinali ricavano il fondamento di tale divieto nelle disposizioni costituzionali dedicate agli organi giurisdizionali: si sostiene che da tali disposizioni si desume univocamente il rifiuto di attribuire a siffatti organi la competenza ad operare interventi innovativi in materia penale⁹.

La maggior parte dei commentatori – con l'avallo della Corte costituzionale¹⁰ – individua l'origine del divieto di analogia nell'art. 25, comma 2 Cost.¹¹: pur se con riserva di approfondire la

³ Come è ampiamente noto, il ricorso all'analogia è precluso altresì per le norme eccezionali: a questo proposito ci si limita solo a ricordare l'opinione di chi ha sostenuto che il limite posto all'analogia nel diritto penale è un limite non logico – come è per le norme eccezionali –, ma assiologico perché il limite previsto per le norme eccezionali – a differenza di quello previsto per le norme penali – «non è realmente un limite, ma è solo un modo di definire l'analogia (e, correlativamente, il diritto eccezionale)» (così L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, I, Torino 1987, 328).

⁴ «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

⁵ «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* previsto dalla legge come reato» (con corsivo nostro).

⁶ «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza fuori dei casi dalla legge preveduti».

Insistono molto sul fondamento del divieto di analogia in materia penale tratto da questa e dalle disposizioni citate nelle precedenti note 4 e 5 G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano 1942, 32-35; F. CORDERO, *Legalità penale*, in *Enc. giur. Trecc.*, XX, Roma 1990, 5; G. LICCI, *Criteri ermeneutici nel diritto penale. Il conflitto fra Stato di diritto e Stato di giurisdizione nell'ordinamento italiano*, Napoli 2016, 83-94.

⁷ Cfr., ad esempio, G. VASSALLI, *Tipicità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano 1992, 540, il quale riferisce l'espressione principio di tassatività al divieto di analogia nel suo duplice "volto" inteso nei termini che saranno in seguito sopra nel testo esplicitati, nonché sulla stessa lunghezza d'onda più di recente, *inter alios*, F. CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in [La Legislazione Penale](#) 18 marzo 2019, 32 nota 91.

⁸ Cfr. in modo particolare M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., 28-30.

⁹ In tal senso cfr. G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. a) *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, 957, il quale comunque non manca di operare un riferimento anche all'art. 25, comma 2 Cost. quale disposizione a cui ancorare il divieto di analogia in ambito penale.

Molto più vaga risulta essere, invece, la tesi sostenuta da M. ROTONDI, *Legge (interpretazione della)*, in *N.ssmo dig. it.*, VIII, Torino 1975, 900, secondo il quale le disposizioni incriminatrici «sono per ovvie considerazioni di carattere logico e politico sottratte alla possibilità di una loro applicazione che vada oltre i limiti segnati dalla lettera della norma» (con corsivo nostro).

¹⁰ La Corte costituzionale nella [sent. n. 19 del 1974](#) – ribadita sul punto, sia pure in modo molto più sfumato, nella successiva [sent. n. 148 del 1984](#) – ha ritenuto che l'"espressamente" contenuto nell'art. 1 cod. pen. – che è a fondamento del divieto di analogia in materia penale – sia implicitamente fatto proprio anche dall'art. 25, comma 2 Cost. perché, muovendo "dal dato storico (non revocabile in dubbio) del riferimento della Costituzione proprio al sistema esistente al momento della sua entrata in vigore", allora "l'art. 25 [Cost.]... sostanzialmente... ricalca le disposizioni del codice penale sui principi di legalità e irretroattività: rispettivamente, gli artt. 1 e 2, per la pena e 199 cod. pen., per la misura di sicurezza". In dottrina cfr. D. FALCINELLI, *L'analogia vietata e le riserve di sistema secondo la Corte costituzionale. Il binomio "leggi penali" e "leggi eccezionali" nel vocabolario dell'art. 14 disp. prel. c.c.*, in *Arch. pen.* (web) 20 settembre 2016, 11 nota 31, la quale evidenzia che comunque la dichiarazione di equivalenza dell'art. 25, comma 2 Cost. e dell'art. 1 cod. pen. è contenuta esclusivamente nella [sent. n. 19 del 1974](#) e tutt'al più nella [sent. n. 127 del 1979](#).

¹¹ Si ricordano soltanto coloro che contestano il collegamento con l'art. 25, comma 2 Cost., ovvero M. BRANCA, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge*, in *Giur. cost.* 1980, I, 1539-1540, secondo il quale sull'art. 25, comma 2 Cost. dubitabilmente può ancorarsi il divieto di analogia impiegando esso termini molto meno «precisi» rispetto all'art. 1 cod. pen.; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., 29, il quale nega che dall'art. 25, comma 2 Cost. sorga il divieto di analogia in materia penale perché la formula in quella disposizione contenuta «non contiene né, come l'art. 1

tematica nel prosieguo, basti per il momento osservare come la prevalente dottrina ritenga che il criterio ispiratore di tale divieto, pur non presente in tutti gli ordinamenti liberal-democratici¹², obbedisce alla medesima *ratio* di garanzia della libertà del cittadino in generale sottesa al *nullum crimen sine lege* del quale il divieto in esame «rappresenta una delle più importanti proiezioni»¹³.

Al fine di rendere più chiaro il motivo per il quale il procedimento analogico è vietato nel campo penale è soltanto il caso di ricordare succintamente che tale procedimento si pone diversamente nel diritto civile e, appunto, in quello penale¹⁴. Nel primo il ricorso al procedimento analogico tende perlopiù ad impedire che il giudice venga a trovarsi di fronte al rischio di un sostanziale *non liquet*¹⁵. Il fatto di negare al caso concreto una regolamentazione significherebbe spesso bloccare la stessa possibilità di dar vita a schemi negoziali anche solo in parte diversi da quelli fino a quel momento praticati nell'ambito delle relazioni private, campo in cui oltretutto la regola giuridica non già limita, bensì semmai incentiva la libera manifestazione della volontà dei singoli nel provvedere in vario modo al soddisfacimento dei propri bisogni e delle proprie aspettative: l'analogia in questo caso risulta così funzionale alle stesse esigenze economico-sociali in cui si manifesta l'esercizio della libertà sottesa alle relazioni private¹⁶.

c.p., un avverbio rafforzativo della riserva di legge né, come l'art. 14 delle preleggi, un riferimento univoco ed esclusivo ai casi e ai tempi considerati nella legge da applicare» anche se poi l'A. conclude osservando come, dato che l'analogia comporta una deroga della riserva assoluta di legge penale, dato che essa si pone in sostanziale contraddizione col divieto di retroattività della legge penale e dato infine che il principio di tassatività è un'implicazione logica di quello della certezza e prima ancora della concezione che del diritto penale "giusto" ha il nostro legislatore, tutto ciò sia sufficiente ad escludere che il silenzio dell'art. 25, comma 2 sulla questione comporti l'irrelevanza costituzionale del divieto di analogia in diritto penale; M. BOSCARRELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXI, Roma 1990, 4-5, secondo cui l'opinione in virtù della quale il principio di legalità in materia penale implica il divieto di analogia *in malam partem* postula l'assunto che l'analogia non abbia funzione interpretativa ma abbia funzione creativa, ovvero l'assunto che il giudice il quale concludesse che la disciplina statuita per il caso A, contemplato, vale anche per il caso B, non contemplato, non interpreterebbe la disposizione riconoscendole un contenuto conforme alla sua *ratio* – e come tale coerente in termini di logica e giusto in termini di giustizia intesa come uguale trattamento degli uguali –, ma formulerebbe una norma da valere per il caso singolo e ad essa conformerebbe il suo giudizio: il che – osserva l'A. – «sottintendendo che il significato linguistico della formula legislativa costituisca limite del contenuto delle norme, e che al giudice competano poteri normativi diversi da quelli di normazione individuale che si esprimono nel provvedimento, ci sembra non meno preconcepito che artificioso. E dunque ritenuta la "funzione interpretativa" dell'analogia si dovrà ritenere che l'art. 25, II e III co., Cost. non abbia costituzionalizzato il divieto di analogia *in malam partem*» (p. 5); A. KAUFMANN, *Analogia e «natura della cosa»*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli 2013, 70, il quale sostiene che il principio *nullum crimen sine lege* «non può significare uno stretto divieto di analogia, in quanto questo presupporrebbe che il delitto possa, in ultima analisi, esser definito nella fattispecie legale attraverso concetti univoci. E ciò è impossibile»: l'A. peraltro – a p. 56 – osserva comunque che «qualsivoglia divieto di analogia è destinato a naufragare».

¹² Come osserva G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 1552, in molti ordinamenti di sicura tradizione liberal-democratica, ovverosia dall'Inghilterra ai Paesi scandinavi, il divieto di analogia non esiste.

¹³ Così G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte Generale, Bologna 1994, 89.

¹⁴ A giudizio di E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano 2004, 95, il divieto di operare analogicamente «segna... una netta – almeno in via astratta – linea di confine tra il penale ed il resto del mondo giuridico»: proprio per questo motivo l'A. non solo considera l'interpretazione nel ramo penale, secondo la felice metafora radbruchiana, «una nave la quale nell'uscita dal porto viene guidata dal pilota del porto nelle vie prescritte fra le acque portuali, ma poi, giunta in alto mare cerca, sotto il controllo del capitano, una propria rotta» (p. 72), ma considera anche, utilizzando un'immagine calviniana, l'interprete penalistico come «una sorta di cavaliere dimezzato che non possiede tra le sue armi lo strumento che più di ogni altro consente di "creare" diritto e cioè l'analogia» (p. 95).

¹⁵ In proposito cfr. le osservazioni di A. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., a cura di A. Gaito - B. Romano - M. Ronco - G. Spangher, IX, Torino 2016, 407.

¹⁶ A tutto questo deve aggiungersi che il legislatore di regola è favorevole all'ammissione nel sistema del procedimento analogico sia perché ritiene che il potere giudiziario offra garanzie di imparzialità in misura maggiore che non l'esecutivo (e ciò probabilmente «vale a bilanciare, nel suo giudizio, il punto di svantaggio che l'analogia ha, sul piano della certezza del diritto, rispetto al regolamento, che è il tipico strumento normativo dell'esecutivo»), sia perché appare al legislatore che completando le lacune della normazione astratta utilizzando la sua stessa *ratio* «ci si incammina sulla strada della giustizia del caso concreto, ossia della vera giustizia»: così M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., 27-28.

Nel campo penale è ben vero che il ricorso a quel «salto mentale»¹⁷ che è l'analogia consentirebbe al giudice, all'occorrenza, di ripristinare l'uguaglianza di trattamento correggendo quelle discriminazioni che sono ritenute irragionevoli e che vengono a crearsi quando la fattispecie incriminatrice, ritagliata dal legislatore intorno a una determinata modalità di aggressione, traslascia di punirne altre simili e dotate di pari disvalore¹⁸.

Tuttavia è altrettanto vero che la circostanza che la fattispecie punitiva non “disegni” un'area di libertà ma incorpori tutt'al contrario una sua specifica limitazione fa sì che il diritto penale venga a trovare la sua consacrazione nella fisionomia essenziale del cosiddetto tipo criminoso¹⁹.

A questo proposito è stato addotto l'esempio del reciproco confronto fra due vestiti di stoffa simile, ma di differente misura: l'uno calza a pennello sul corpo di Tizio, ma risulta troppo grande per quello di Sempronio, ragion per cui i due vestiti presentano analoga fattura e servono al medesimo scopo, ma, ciò nonostante, l'uno non può essere utilizzato per le esigenze di una persona diversa da quella che è in grado di indossarlo²⁰.

Analogamente la *ratio* del “tipo criminoso” è tale «da 'includere'... i casi che vi corrispondono, ma da *escludere* quelli che, al contrario, vi risultino estranei»²¹: in altri termini, i due profili essenziali del procedimento analogico – la lacuna normativa e l'affinità di *ratio* – sono lontani dalle logiche del diritto penale in quanto «una *ratio* analoga non può esservi, perché le 'lacune' (in realtà, solo apparentemente tali) non possono essere 'riempite', in quanto il legislatore ha *voluto* che esistessero»²².

2. Il “volto” del divieto di analogia a sfavore del reo rivolto al legislatore ordinario.

Tanti interrogativi circondano il principio costituzionale del divieto di analogia in materia penale.

Si pensi soltanto a titolo esemplificativo alla seguente *vexata quaestio* che riguarda in generale il procedimento analogico, ma che esplica i suoi riflessi finanche sul divieto del ricorso a siffatto procedimento in ambito penale: l'analogia costituisce una forma di interpretazione o è un vero e proprio mezzo di integrazione delle norme legali?

¹⁷ Così O. DI GIOVINE, «Salti mentali» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Quest. giust.* 2018, n. 4, 58, la quale rileva che «l'analogia è un “salto mentale”. Ora, la distanza tra il salto piccolo, che contribuisce alla fisiologica creazione della norma, e il salto lungo, che dà luogo a un'inammissibile supplenza giurisprudenziale, nel diritto non può essere misurata in centimetri e deve essere, piuttosto, misurata in... temerarietà. È temerario il salto senza rete né appigli... Sviluppando la metafora per precisare il concetto, potremmo identificare nel testo la “rete” e aggiungere che il testo-rete è imprescindibile, ma a volte insufficiente e comunque inidoneo ad evitare, da solo, arbitri. Occorre, infatti, che l'interpretazione si aggrappi a degli “appigli”».

¹⁸ In tal senso cfr. F. GIUNTA, *Nota introduttiva*, in *Opinioni a confronto tra analogia e interpretazione estensiva a proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia* 2010, 347. Dopotutto, come ben si comprende dalla lettura dell'opera di U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova 1955, spec. 39 ss., 61 ss. e 228 ss., l'analisi del principio di legalità nell'età dei Comuni pone in luce quanto largo ricorso – pur nel pieno vigore che il principio di legalità nel diritto penale ebbe in quell'epoca – si facesse all'analogia nell'interpretazione e nell'applicazione della legislazione statutaria e come l'applicazione analogica della legge fosse nelle inevitabili deficienze degli Statuti garanzia di uguaglianza fra i cittadini e valido riparo contro il ricorso alla consuetudine e soprattutto contro l'arbitrio che altrimenti fatalmente sarebbe subentrato da parte del giudice o da parte del principe: sul punto cfr. le osservazioni relative sia al periodo dell'Illuminismo sia ai regimi politici autoritari di G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *N.smo dig. it.*, XI, Torino 1976, 496.

¹⁹ Per tipo criminoso si intende o il tipo di soggetto autore del reato o il tipo di bene giuridico tutelato o il tipo di condotta offensiva del bene giuridico protetto: sul punto cfr. A.A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova 1967, spec. 111 ss., nonché, più di recente, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, partic. 106 e 109, secondo il quale «il diritto penale rappresenta invero un diritto 'chiuso' nei tipi».

²⁰ L'esempio, senz'altro calzante, è portato da G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 118.

²¹ Così G. DE FRANCESCO, *op. e loc. ult. cit.*

²² G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 119.

Un'altra *quaestio* che ha affaticato non poco la dottrina è la seguente: il divieto di analogia in materia penale ha carattere assoluto, ovvero riguarda sia le disposizioni incriminatrici sia quelle di favore (che prevedono, cioè, cause di non punibilità o di estinzione del reato, cause di giustificazione o di attenuazione del rigore sanzionatorio ecc. ...), oppure presenta carattere relativo, ovvero inerisce le sole disposizioni penali sfavorevoli?

In questa sede l'attenzione sarà centrata sul seguente interrogativo di particolare interesse: qual è il ruolo che il principio costituzionale in esame può assumere nel giudizio sulle leggi?

Al fine di rispondere al quesito in modo non frettoloso o azzardato è opportuno precisare che il principio costituzionale in questione costituisce un *unicum* nel nostro ordinamento perché presenta un duplice “volto”²³.

Quanto al primo “volto”, esso è rivolto al legislatore ordinario nella misura in cui gli preclude non solo – in base a quanto già rilevato – l'abrogazione delle disposizioni che vietano al giudice l'applicazione analogica delle disposizioni incriminatrici e *a fortiori* la contestuale introduzione di disposizioni che rendano possibile il ricorso all'analogia in materia penale, ma anche l'approvazione di disposizioni incriminatrici che, dopo aver delineato una o più condotte non omogenee bensì eterogenee fra di loro, contemplino espressioni del tipo “e altri simili” oppure “e altri analoghi”²⁴.

Si tratta delle cosiddette fattispecie ad analogia esplicita, che sono descritte così da impedire l'individuazione di un genere comprensivo sia delle ipotesi espressamente menzionate nella disposizione sia dei casi non menzionati ma evocati con le formule “e altri simili” o “e altri analoghi”: tali fattispecie pertanto comportano come conseguenza che il giudice risulta chiamato ad un'opera di vera e propria “creazione” caso per caso della disposizione che individua le ipotesi “simili”. Vediamo di indagare quanto appena esposto. *Nulla quaestio* qualora il legislatore elenchi una serie di ipotesi omogenee, che consentono, cioè, di individuare un genere nel senso sopra indicato e che dunque possono essere ricondotte ad una più vasta categoria unitaria: in questa ipotesi l'elenco ha carattere soltanto esemplificativo e quindi si presta ad essere tradotto in una formula sintetica in grado di abbracciare una classe di situazioni più ampia rispetto ai casi espressamente menzionati, ma dai contorni comunque sufficientemente precisi.

In siffatta ipotesi l'interprete – ed *in primis* il giudice – sarà tenuto a considerare “casi simili” i soli casi dello stesso genere di quelli espressamente menzionati nella disposizione incriminatrice: qualora, ad esempio, una disposizione proibisse, sanzionandola penalmente, la condotta di chi distrugge cose altrui “usando bombe, dinamite, nitroglicerina o altri tipi simili di esplosivi”, il giudice non potrebbe ritenere che un tipo analogo di esplosivo sia il petardo dal momento che le sostanze esplosive specificamente menzionate nella disposizione *de qua* sono caratterizzate dall'idoneità a causare esplosioni enormemente dannose e pertanto risultano tutte ben diverse dai petardi²⁵.

²³ Evidenzia F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*. Volume I. *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano 1965, 298-299, che questo doppio “volto” è un'acquisizione dovuta soltanto all'avvento della Costituzione repubblicana: infatti l'art. 1 cod. pen. in regime di Costituzione elastica con l'utilizzo dell'avverbio “espressamente” vietava l'analogia ma solo rispetto all'interprete ed *in primis* al giudice e non al legislatore ordinario al cui esclusivo apprezzamento era in definitiva affidata la salvaguardia o meno del principio, mentre «in regime di costituzione rigida, l'art. 25 comma 2 assume il significato di vincolo preclusivo sia per l'interprete che per il legislatore ordinario, al quale viene, altresì, interdetta l'abrogazione dell'art. 14 disp. prel. codice civile» (299).

²⁴ In tal senso si esprimono esplicitamente, *inter alios*, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 299-300; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano 2001, 169-170 e 182-184.

²⁵ Il caso è tratto da una sentenza della *Supreme Court* statunitense: per maggiori ragguagli cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 184, i quali rilevano come sia particolarmente istruttiva l'esperienza degli Stati Uniti d'America laddove il criterio dell'appartenenza allo stesso genere – la cosiddetta regola dell'*eiusdem generis* – è costantemente utilizzato dalla giurisprudenza al fine di interpretare le disposizioni incriminatrici che elenchino una serie di casi seguiti dalla clausola finale “o altro” (“or other”) atteso che una formula di questo tipo – si ritiene – deve essere interpretata come se dicesse “casi dello stesso genere” di quelli specificamente elencati.

Quale esempio emblematico di questa prima ipotesi si pensi agli artt. 710-711 cod. pen. – abrogati nel 1999 – i quali delineavano la condotta di “chiunque eserciti il mestiere di fabbro, chiavaiuolo o un altro simile mestiere”²⁶.

In tale caso il giudice è chiamato a sussumere il caso concreto sotto una classe di fatti già individuati dal legislatore perché in luogo della formula poco sopra indicata, che sembra a prima vista prospettare una fattispecie di tipo analogico, il legislatore avrebbe potuto porre un'altra formula, ovvero “chiunque fabbrica o vende oggetti diretti ad aprire o a forzare serrature”.

Come è stato ben osservato, quest'ultima formula, «in chiave di normazione sintetica, segnala più chiaramente la realtà da valutare, tramite il parametro costituito dal riferimento all'oggetto dell'attività»: in altri termini, la formula da ultimo prospettata si estrinseca in una locuzione sintetica idonea ad individuare con ragionevole precisione la classe di mestieri nell'esercizio dei quali possono commettersi i reati previsti dalle due disposizioni codicistiche in questione, ragion per cui «la formula normativa è... solo apparentemente tale da autorizzare un ricorso allo strumento analogico ed è, quindi, compatibile con il dettato costituzionale»²⁷.

A tutt'altra conclusione si deve addivenire nell'ipotesi in cui il legislatore non si attiene a quello che è stato definito il criterio della «razionalità delle fattispecie indicative o esemplificative»²⁸: qualora le fattispecie presentino «discontinuità o dissonanze»²⁹ e pertanto non risulti possibile individuare un'ampia categoria dal momento che di tale ampia categoria le stesse fattispecie all'evidenza non sono espressione, allora si verifica una violazione del divieto di analogia.

Si pensi ad esempio all'art. 121 T.U.L.P.S., pure salvato dalla dichiarazione di incostituzionalità in una discussa [sentenza della Corte costituzionale del 1961](#)³⁰ e anch'esso comunque abrogato nel 2001.

²⁶ Corsivo nostro.

²⁷ Entrambe le ultime citazioni sono tratte da F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 301; in senso analogo cfr. M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino 2000, 154.

²⁸ Così P. PITTARO, *sub art. 25, commi 2 e 3*, in S. BARTOLE - R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 260.

²⁹ P. PITTARO, *op. et loc. ult. cit.*

³⁰ Si allude alla [sent. n. 27 del 1961](#) nella quale si trova scritto che “in taluni casi le norme penali, nella determinazione del fatto punibile, si avvalgono di indicazioni estensive (es.: artt. 600, 601, 602, 705, 708, 710, ecc. Cod. pen.), ovvero anche, come appunto nella norma impugnata, di indicazioni esemplificative, più o meno numerose, le quali a un certo punto si chiudono con espressioni come 'e simili', 'e altri simili', 'e altri analoghi'. In tali casi, ufficio dell'interprete non è di applicare per analogia la norma a casi da essa non previsti, bensì di attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare la inserzione di un caso in una fattispecie molto ampia e di non agevole delimitazione”. Tale sentenza ha ricevuto da taluno il consenso sia nella sua parte motivazionale sia nel suo dispositivo [cfr. R. RINALDI, *Le fonti del diritto penale: l'analogia e l'interpretazione estensiva*, in E. DOLCINI - T. PADOVANI - F. PALAZZO (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni. Una ricerca sulle fonti del diritto penale e del diritto sanzionatorio amministrativo*, Milano 1994, 7-8, secondo la quale il legislatore «può avvalersi nella costruzione di talune norme della c.d. “analogia interna”, cioè del particolare procedimento di formulazione della fattispecie attraverso il quale si stabilisce la espressa parificazione di trattamento di fatti che si presentano analoghi a quello espressamente disciplinato da una data norma»], ha ottenuto da altri un assenso solo nel dispositivo ma non anche nella parte motivazionale [cfr. C. ESPOSITO, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, in *Giur. cost.* 1961, 538-539, secondo il quale con tale sentenza la Consulta «ha disposto bene ma ha ragionato male» atteso che, «mentre in base alla disposizione dell'art. 1 c.p. (ove essa fosse stata immessa nella Costituzione) si sarebbe potuto affermare la costituzionalità della disposizione dell'art. 121 del t.u. di pubblica sicurezza solo mostrandosi che essa non implica applicazione analogica di disposizioni di legge, viceversa tale dimostrazione non era né necessaria né utile ai fini della dimostrazione della compatibilità del t.u.l.p.s. con la disposizione della Costituzione sulle pene»], ma ha perlopiù prestato il fianco a forti critiche ad opera di una parte cospicua dei commentatori: cfr., *inter alios*, M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. costituz.* 2000, 33, secondo la quale con la motivazione espressa nella [sent. n. 27 del 1961](#) la Corte «sembra voler rinunciare del tutto all'utilizzazione del principio di determinatezza/tassatività della legge penale quale parametro»; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 184-185, i quali osservano che la decisione *de qua* «ha svuotato di ogni contenuto il principio di tassatività» perché si è espressa «in termini tanto generali quanto apodittici» nel momento in cui ha specificato che “in tali casi l'ufficio dell'interprete non è di applicare per analogia la norma a casi non previsti, bensì di attuare il procedimento ordinario di interpretazione”. Su tutta questa tematica ci permettiamo di rinviare anche alle osservazioni

Tale disposizione puniva chiunque senza previa iscrizione in un apposito registro esercitasse “il mestiere ambulante di venditore o distributore di merci, generi alimentari o bevande, di scritti o disegni, di cencioli, saltimbanco, cantante, suonatore, servitore di piazza, facchino, cocchiere, conduttore di autoveicoli di piazza, barcaiolo, lustrascarpe *e mestieri analoghi*”³¹: il legislatore ha circoscritto, sì, l’obbligo di iscrizione nel registro nei confronti non di chi eserciti qualsiasi mestiere ambulante bensì solo di chi eserciti alcuni mestieri ambulanti, ma si tratta di mestieri fra loro così palesemente eterogenei – dal venditore di merci al saltimbanco, dal cocchiere al lustrascarpe, dal servitore di piazza al barcaiolo – da non consentire di racchiuderli in un *genus* comune e da lasciare dunque all’arbitrio del giudice la “creazione” della norma caso per caso in violazione del divieto costituzionale di analogia³².

Un’altra figura di fattispecie ad analogia esplicita incompatibile, come tale, col dettato costituzionale è quella che si verifica qualora il legislatore descriva non una serie di ipotesi, ma una sola ipotesi seguita dal riferimento a “casi simili” a quell’unico caso menzionato dalla disposizione: anche questa figura di fattispecie ad analogia esplicita è caratterizzata nel senso che risulta impossibile all’interprete ed in primo luogo al giudice ricavare dalla legge un *genus* sotto il quale ricondurre, come *species*, i casi simili evocati nel testo legislativo.

A tale ultimo proposito un esempio emblematico che può essere addotto è quello dell’art. 600 cod. pen. nella cui originaria formulazione³³ erano contenute le espressioni “schiavitù” e “condizione analoga alla schiavitù”: in assenza di qualsiasi indicazione legislativa idonea ad inquadrare la schiavitù in un più ampio concetto di genere l’individuazione delle condizioni analoghe alla schiavitù risultava integralmente rimessa al giudice secondo lo schema tipico del procedimento analogico³⁴.

da noi svolte altrove, ovvero in A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, in *Rivista AIC* 15 ottobre 2020, 165 nota 115.

³¹ Corsivo nostro.

³² A giudizio di M. D’AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, cit., 33-34, i casi nei quali si ha a che fare con espressioni linguistiche in cui il legislatore introduce un riferimento analogico ricomprendono finanche la disposizione che punisce colui che “*in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui*”, la disposizione che, reprimendo comportamenti lesivi della pubblica circolazione, utilizza l’espressione “*o comunque ostruisce od ingombra*” e la disposizione che rinvia “*a qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio*” (in tutte le citazioni il corsivo è dell’A. ad indicare il riferimento supposto dalla stessa A. come analogico): secondo l’A. si tratta infatti di disposizioni simili a quelle di cui la Corte costituzionale si è occupata sia nella *sent. n. 27 del 1961* sia nella *sent. n. 120 del 1963*.

³³ A seguito dell’entrata in vigore della l. n. 1304/1957, con cui si è provveduto a dare esecuzione nell’ordinamento italiano alla Convenzione supplementare relativa all’abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù firmata a Ginevra il 7 settembre 1956, la nozione di “condizione analoga alla schiavitù” «è stata sottratta all’arbitrio giudiziario» (così G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 183) grazie ad un’analitica definizione che fra l’altro comprende “tutte le istituzioni o pratiche in forza delle quali un fanciullo o un adolescente minore di diciotto anni può essere ceduto dai genitori o da uno di essi o dal tutore ad un terzo, dietro pagamento o meno, in vista dello sfruttamento della persona o del suo lavoro” (art. 1, lett. d)). Sul punto cfr. G. SPAGNOLO, *Schiavitù (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano 1989, 636, il quale osserva che una volta resa esecutiva la Convenzione supplementare di Ginevra del 1957 «devono considerarsi condizioni analoghe alla schiavitù, secondo l’ordinamento giuridico italiano (e quindi anche agli effetti degli art. 600 ss. c.p.), tutte le situazioni e soltanto le situazioni indicate nell’art. 1 della... Convenzione supplementare...». L’art. 600 cod. pen. è stato poi modificato nel 2003 e poi ancora nel 2014 allorché è stato espunto il riferimento alla “condizione analoga alla schiavitù” e sono state descritte analiticamente le nozioni di “schiavitù” e di “servitù” sottraendo così la disposizione codicistica in questione ad ogni dubbio di incostituzionalità per violazione del principio di tassatività.

³⁴ In tal senso cfr. le osservazioni di G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *op e loc. ult. cit.* A giudizio di F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 302, nel caso dell’art. 600 cod. pen. così come nell’ulteriore caso in cui il legislatore esaurisce nell’elencazione tutti gli elementi possibili rientranti nel *genus* e, malgrado ciò, richiami ulteriormente l’attenzione dell’interprete sui “casi simili o analoghi” «l’interpretazione, ai momenti di cui si compone quella ordinaria, ne aggiunge uno ulteriore, rivolto a stabilire, attraverso una serie di giudizi di somiglianza, che non posseggono tutti i crismi della certezza, il preciso contenuto della formula “ed altra ipotesi simile” (o “altro caso analogo”», reso ancor più sfuggente e impalpabile dal valore pregnante del segno linguistico o dell’elencazione che la precede».

Anche la Corte costituzionale ha fatto leva sull'omogeneità o eterogeneità dei casi menzionati nella disposizione incriminatrice al fine di valutare la sua conformità o difformità rispetto al divieto di analogia: ad avviso della Corte infatti solo l'omogeneità delle indicazioni esemplificative consente di individuare – lasciando la parola alla [sentenza n. 120 del 1963](#)³⁵ – “un preciso criterio di identificazione delle attività simili a quelle espressamente menzionate” ed esclude così che la disposizione conferisca “al giudice un potere di ampliare per analogia il precetto penalmente sanzionato”.

Questa scelta di principio ha trovato conferma più di recente nella [sentenza n. 327 del 2008](#) a proposito della formula “altro disastro” inserita nell'art. 434, comma 1 cod. pen.: posto che tale disposizione codicistica punisce “chiunque... commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero un altro disastro, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità”, i giudici costituzionali hanno sottolineato che “l'altro disastro, cui fa riferimento l'art. 434 c.p., è un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo sul piano delle caratteristiche strutturali rispetto ai disastri contemplati negli altri articoli compresi nel capo relativo ai delitti di comune pericolo mediante violenza”³⁶.

3. Il “volto” del divieto di analogia a sfavore del reo rivolto al giudice: la [sentenza n. 98 del 2021](#) della Corte costituzionale e la valorizzazione di tale “volto” del divieto sotto vari profili.

Quanto al secondo “volto”, il divieto costituzionale di analogia, come si esporrà meglio in seguito, diventa molto più problematico.

Esso infatti è rivolto al giudice in funzione di garanzia per i consociati nei confronti dei possibili arbitrii, appunto, del potere giudiziario: più in particolare, al giudice è precluso di fuoriuscire dai confini tassativamente imposti dalla legge ad ogni fattispecie criminosa sostituendosi caso per caso al legislatore e creando di fatto disposizioni incriminatrici più ampie di quelle previste dal legislatore stesso³⁷.

In questo secondo “volto” il divieto in esame è stato particolarmente esaltato nella recente [sentenza n. 98 del 2021](#) della Corte costituzionale.

Nella circostanza la Corte ha ritenuto inammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Torre Annunziata il quale stava celebrando un processo contro un imputato accusato dal pubblico ministero di “Atti persecutori” aggravati ai sensi dell'art. 612-bis, comma 2 cod. pen. per una serie di condotte compiute nei confronti di una donna con cui

³⁵ La [sent. n. 120 del 1963](#) è relativa ad una disposizione in materia di tutela salariale dei lavoratori nei rapporti d'appalto. A dir la verità, in questa occasione la Corte costituzionale ha individuato, sì, il criterio discrezionale fra ipotesi conformi e ipotesi difformi dal principio di tassatività nel carattere rispettivamente omogeneo o eterogeneo delle situazioni menzionate nell'elenco esemplificativo, ma poi all'atto pratico nel caso di specie «ha scorrettamente applicato tale principio»: così G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 185, i quali osservano che la Corte ha negato che vi fosse un'eterogeneità di indicazioni esemplificative in una disposizione che faceva riferimento ad attività diversissime come quelle di esazione, installazione e lettura di contatori, manutenzione di reti di distribuzione e di trasporto, allacciamenti, costruzione di colonne montanti, impianti di apparecchi, reti a bassa tensione e attività simili; al fine di aggirare l'eterogeneità delle esemplificazioni legislative – ricordano i due Autori – la Corte ha ritenuto decisivo il rilievo che tutte le attività in questione presuppongono “l'esistenza di un rapporto di appalto” e che “l'attività dell'impresa appaltatrice si svolge nell'interno dell'impresa appaltante”.

³⁶ Come rileva A. GARGANI, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in *Cass. pen.* 2016, n. 7/8, 2710, la figura innominata di disastro contemplata nell'art. 434 cod. pen. «integra un'ipotesi di analogia esplicita e anticipata dal legislatore: con il termine “altro disastro”, il legislatore si riferisce, infatti, ad ogni altro e analogo disastro e, cioè, ad un accadimento non sussumibile nelle disposizioni precedenti, ma che, tuttavia, presenti... identità morfologica e contenutistica (*eadem ratio*) rispetto agli eventi in esse tipizzati...».

³⁷ Per dirla con F. BRICOLA, *sub art. 25, commi 2 e 3*, in *Comm. della Cost. – Rapporti civili – Art. 24-26*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981, 258, al giudice è interdetta «ogni possibile interpretazione che alteri la fisionomia descrittiva, prima che sostanziale, delle fattispecie penali».

intratteneva da qualche mese una relazione affettiva e che frequentava abitualmente la sua casa familiare.

Al termine del dibattimento il giudice aveva prospettato alle parti la possibilità di una riqualificazione dei fatti contestati all'imputato nel più grave delitto di "Maltrattamenti contro familiari e conviventi" ai sensi dell'art. 572 cod. pen.: questo sulla base di un consistente orientamento della Corte di Cassazione che considera integrato tale reato in presenza di condotte maltrattanti compiute in un "contesto affettivo protetto" caratterizzato da "legami forti e stabili tra i partner" e dalla "condivisione di progetti di vita".

In altri termini, posto che quest'ultima disposizione risulta applicabile a chiunque "maltratta" "una persona della famiglia o comunque convivente", il sintagma "una persona... comunque convivente" andrebbe letto come riferito, appunto, ad un "contesto affettivo protetto" caratterizzato – come si legge nell'ordinanza di rimessione – da "legami affettivi forti e stabili, tali da rendere particolarmente difficoltoso per colui che patisce i maltrattamenti sottrarsi ad essi e particolarmente agevole per colui che li perpetua proseguire".

In tale ipotesi, dunque, il più grave delitto di "Maltrattamenti contro familiari e conviventi" assorbirebbe la fattispecie di reato aggravata di "Atti persecutori": quest'ultima fattispecie verrebbe così ad abbracciare le sole ipotesi di relazioni affettive non caratterizzate (o non più caratterizzate) da un'"attuale condivisione di spazi e progetti di vita che condizionano fortemente la capacità di reagire della vittima".

A questo punto l'imputato aveva chiesto di essere ammesso al giudizio abbreviato e di godere così del relativo sconto di un terzo della pena in caso di condanna ed il giudice, pur prendendo atto del fatto che il codice di procedura penale non consente di chiedere il rito abbreviato al termine del dibattimento, aveva tuttavia ritenuto che, in un caso come questo, una simile preclusione fosse incompatibile con i principi di eguaglianza, del giusto processo e dello stesso diritto di difesa: a giudizio del Tribunale il mutamento prospettato della qualificazione giuridica del fatto comporta infatti uno stravolgimento dei rischi sanzionatori che l'imputato aveva considerato con il proprio difensore nel momento in cui aveva deciso di affrontare il dibattimento anziché chiedere di essere giudicato con rito abbreviato o di patteggiare la pena.

Conseguentemente il Tribunale ha sollevato questione di costituzionalità mirante, appunto, a consentire all'imputato, di fronte alla prospettazione di una possibile riqualificazione giuridica del fatto contestatogli, di optare per il rito abbreviato.

La Corte costituzionale non ha esaminato nel merito la questione ritenendo che il Tribunale rimettente non avesse adeguatamente motivato sulla sussistenza, nel caso concreto, dei presupposti del mutamento della qualificazione giuridica del fatto contestato dal pubblico ministero.

A tale proposito la Corte ha innanzitutto sottolineato che il reato di "Maltrattamenti contro familiari e conviventi" presuppone, per quanto qui rileva, che le condotte siano compiute nei confronti di una persona della stessa "famiglia" oppure di una persona "convivente" e che, invece, il reato di "Atti persecutori" aggravati prevede che le condotte vengano compiute nei confronti di persona che sia o che sia stata legata all'autore da una "relazione affettiva".

I giudici costituzionali hanno poi rammentato il fondamentale canone ermeneutico in materia penale basato sull'art. 25, comma 2 Cost. e rappresentato dal divieto di analogia inteso come il divieto di applicare la legge oltre i casi da essa espressamente stabiliti.

Il Giudice delle leggi precisa che questo divieto costituisce "il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e in particolare della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale".

Sul versante della garanzia apprestata dalla riserva assoluta di legge in materia penale non v'è dubbio che essa assegna alla sola legge e agli atti aventi forza di legge il compito di stabilire quali siano le condotte costituenti reato: il presupposto di fondo è che una simile decisione spetti soltanto ai rappresentanti eletti a suffragio universale dall'intera collettività nazionale.

Sulla base di queste premesse la Corte osserva che si verificherebbe nella sostanza uno svuotamento di tale garanzia qualora ai giudici fosse consentito di applicare pene al di là dei casi espressamente previsti dalla legge.

Sotto il profilo della garanzia apprestata dal principio di determinatezza della legge penale non è revocabile in dubbio che essa abbia due scopi: evitare che il giudice assuma un ruolo creativo attraverso l'individuazione, in luogo del legislatore, dei confini tra le diverse fattispecie di reato e ancor prima fra il lecito e l'illecito; assicurare al destinatario della disposizione una percezione sufficientemente chiara ed immediata dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta.

In base a quanto osservato il Giudice delle leggi rileva che anche in tal caso si verificherebbe il pratico svuotamento di tale garanzia qualora al giudice penale fosse consentito di assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato può desumere dalla sua immediata lettura.

Quanto al suo contenuto, il divieto di analogia impedisce – proseguono i giudici costituzionali – “di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò in quanto, nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore”.

Dopo aver effettuato queste precisazioni la Corte evidenzia che il giudice del procedimento principale non ha spiegato le ragioni per le quali ha ritenuto che, a fronte di una relazione affettiva durata qualche mese e caratterizzata da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro, la vittima possa essere considerata, alla stregua del linguaggio comune, come persona già appartenente alla medesima “famiglia” dell'imputato.

Inoltre la Corte osserva che il giudice *a quo* non ha spiegato i motivi per i quali, in alternativa, un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come un'ipotesi di “convivenza”.

I giudici costituzionali concludono che, in assenza di questa dimostrazione, l'applicazione del reato di “Maltrattamenti contro familiari e conviventi” anziché di quello di “Atti persecutori” costituirebbe il frutto di un'operazione analogica a sfavore del reo della disposizione penale, ragion per cui il mancato confronto con le implicazioni del divieto costituzionale di analogia *in malam partem* in relazione al caso di specie comporta una lacuna motivazionale sulla rilevanza delle questioni prospettate che ne determina l'inammissibilità.

A leggere bene la sentenza non può non rilevarsi la grande enfaticizzazione del divieto di analogia a sfavore del reo³⁸ anche se – come si tenterà di dimostrare – è possibile scorgere, in relazione al divieto in esame, un ruolo ancor più da protagonista di primo piano di quanto non emerga dalla [sentenza n. 98 del 2021](#).

Procedendo con ordine, la grande enfaticizzazione a cui si è appena alluso è evidente sotto diversi profili.

A) *L'interpretazione conforme a Costituzione e i dubbi relativi alla violazione del divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”.*

³⁸ Rileva a questo proposito F. VENTURI, *La Corte costituzionale torna sul divieto di analogia in malam partem in materia penale: canoni di tecnica ermeneutica e indicazioni di politica criminale nello scenario della crisi della legalità*, in [Diritti Comparati](#) 29 luglio 2021, 1 ss., come la Corte stabilisca che «i principi di garanzia formale della libertà personale rappresentano un valore irrinunciabile del nostro ordinamento costituzionale e che nessuna esigenza sostanziale di tutela penale, per quanto “comprensibile”, può giustificare il sacrificio».

Sotto un primo profilo quanto appena osservato emerge in modo lampante qualora si muova dal presupposto, difficilmente controvertibile, in virtù del quale l'interpretazione del delitto di "Maltrattamenti contro familiari e conviventi", che il giudice *a quo* ha tratto da un orientamento assunto come consolidato della Corte di Cassazione e che ha fatto propria, appare come costituzionalmente orientata in riferimento al suo contenuto.

In virtù di tale interpretazione si assiste infatti alla valorizzazione, sottesa alla dilatazione delle nozioni di "famiglia" e di "convivenza", dei profili personalistici.

Questo si sostiene perché l'interpretazione in esame si fonda sull'assunto secondo il quale il delitto di "Maltrattamenti contro familiari e conviventi" risulta applicabile non solo ai nuclei familiari fondati sul matrimonio, ma anche a qualunque relazione sentimentale che, per la consuetudine dei rapporti creatisi, implichi l'insorgenza di vincoli affettivi e aspettative di assistenza assimilabili a quelli tipici della famiglia o della convivenza abituale: di conseguenza, il delitto in questione sarebbe configurabile anche laddove mancasse una stabile convivenza e sussistesse, con la vittima degli abusi, un rapporto familiare di mero fatto caratterizzato dalla messa in atto di un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà ed assistenza.

Tuttavia la presenza di un'esegesi costituzionalmente orientata non è sufficiente a superare i dubbi inerenti alla lesione del divieto di analogia nutriti dalla Corte³⁹, la quale mostra di non essere affatto convinta della correttezza di tale esegesi: osservano infatti i giudici costituzionali che il giudice *a quo* deve dimostrare che "la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra imputato e persona offesa nel processo a quo, consenta di qualificare quest'ultima come persona (già) appartenente alla medesima 'famiglia' dell'imputato" o, in alternativa, che "un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di 'convivenza'"; in difetto di una tale dimostrazione l'interpretazione fatta propria dal giudice *a quo* è "magari sostenibile dal punto di vista teleologico e sistematico, sulla base delle ragioni ampiamente illustrate dal rimettente, ma [è] comunque preclusa dall'art. 25, secondo comma, Cost."⁴⁰.

Come è stato acutamente rilevato⁴¹, questo significa che il divieto di analogia pare presentare un "valore" assoluto, ovvero sottratto a qualsiasi bilanciamento con altri "valori" pure costituzionalmente rilevanti.

Non basta, ma v'è di più.

Questo significa anche che l'interpretazione conforme a Costituzione non è un procedimento interpretativo più "libero" rispetto agli altri procedimenti interpretativi e dunque finalizzato alla ricerca di un qualunque risultato interpretativo purché esso sia comunque conforme a Costituzione⁴².

³⁹ Osserva M.A. SANDULLI, *Incostituzionalità dell'interpretazione analogica "creativa"* in malam partem (Nota a Corte cost. 14 maggio 2021 n. 98), in *Giustizia Insieme* 31 maggio 2021, 1 ss., che «la "giustizia sostanziale" nei confronti della vittima, in nome della quale la Suprema magistratura penale (nelle numerose pronunce richiamate dal giudice remittente e citate nella sentenza in commento) ha ritenuto che l'ipotesi di reato descritta dall'art. 572 c.p. possa comprendere anche le condotte abusive nei confronti della persona convivente, non è... un elemento sufficiente a superare (*recte*, violare) il limite di stretta legalità e chiara prevedibilità nel quadro legislativo stabilito dall'art. 25, co. 2, Cost. e il principio di separazione dei poteri».

⁴⁰ Il corsivo è nostro a sottolineare che l'interpretazione sistematica – qual è quella conforme a Costituzione – non è tale da superare i dubbi relativi alla violazione del divieto di analogia a sfavore del reo.

⁴¹ Cfr. F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, in *Dir. pen. proc.* 2021, n. 9, 1218 ss., secondo il quale il significato più profondo e più dirompente della [sent. n. 98 del 2021](#) «sta proprio in questa sorta di monito al fine di scuotere i giudici comuni da un certo torpore critico nei confronti di quelle operazioni interpretative – e certo non mancano – che, sotto le mentite spoglie dell'interpretazione teleologica o addirittura conforme a Costituzione, gabbellano una vera e propria analogia costituzionalmente vietata».

⁴² Insomma, non si tratta – o, meglio ancora come si dirà poco oltre sopra nel testo, non si tratta più – di un «vincolo assoluto» per il giudice come pure sembra ritenere G.P. DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2018, n. 3, 1114 (da cui è tratta la precedente citazione), a detta del quale «se di una norma è

A dir la verità, l'interpretazione conforme a Costituzione non ha assunto più questa connotazione da alcuni anni a questa parte e cioè da quando – a far data perlomeno dalle [sentenze n. 221 del 2015](#) e [n. 42 del 2017](#)⁴³ – la Corte costituzionale, mutando parzialmente la propria giurisprudenza in tema di interpretazione costituzionalmente orientata⁴⁴, ha chiarito che laddove un giudice abbia motivato in ordine alle ragioni che lo inducono a ritenere *la lettera della disposizione ostativa ad un esito costituzionalmente conforme* «ciò basta affinché la sua “domanda” meriti dalla Corte una “risposta” nel merito»⁴⁵.

Insomma, questo *revirement* giurisprudenziale ha fatto sì che l'interpretazione conforme non sia più una “strada” finalizzata a raggiungere un certo risultato interpretativo a priori privilegiato e volta a far sì che il giudice sia «necessariamente portato a cercare la prevalenza del parametro costituzionale rispetto a qualunque altra opzione interpretativa della disposizione in questione»⁴⁶.

È evidente infatti il peso decisivo assunto ora dal perimetro letterale della legge il quale potrebbe ostare all'esito costituzionalmente conforme.

Tanto premesso, la [sentenza n. 98 del 2021](#) ribadisce questo recente orientamento della giurisprudenza costituzionale perché in essa l'interpretazione conforme a Costituzione viene connotata, sì, nel senso di estrinsecarsi nella scelta del significato che appare conforme o più conforme a Costituzione fra più significati possibili, ma questo alla condizione che tali significati siano tutti interni al perimetro letterale, individuato secondo il linguaggio comune, delle espressioni utilizzate dal legislatore.

B) *Il divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto” fra prospettiva sovranazionale e prospettiva interna.*

Sotto un secondo profilo la sentenza è assai chiara nel rapportarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di legalità penale.

Nella prospettiva sovranazionale ai sensi dell'art. 7 CEDU viene riconosciuto, come è ampiamente noto, un ruolo basilare al diritto giudiziario nel configurare il contenuto del reato: questo ruolo è subordinato alla sola condizione che sia comunque rispettata l'“essenza” fondamentale del reato stesso, ovvero la “sostanza dell'incriminazione”⁴⁷.

possibile un'interpretazione conforme il giudice *deve prescegliere questa tra tutte le altre*, e se vi sono più interpretazioni conformi *privilegerà quella più conforme*» (con corsivo nostro); per osservazioni critiche sull'estremo rigore che almeno fino al 2015 ha caratterizzato la giurisprudenza costituzionale sulla manifesta inammissibilità delle questioni di costituzionalità sollevate senza aver prima esperito la via dell'interpretazione conforme a Costituzione cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano 2016, 469 e 472.

⁴³ L'indirizzo si è oramai consolidato in sede di giurisprudenza costituzionale: cfr., fra le più recenti, la [sent. n. 102 del 2021](#) in cui si trova scritto che “l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale”, nonché la recentissima [sent. n. 204 del 2021](#) di analogo tenore.

⁴⁴ Discorre forse ancora più propriamente di «integrazione» dell'obbligo di interpretazione conforme R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Torino 2020, 74.

⁴⁵ Così M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* 30 ottobre 2019, 38.

⁴⁶ Così F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, in www.lalegislazionepenale.eu 18 marzo 2020, 9.

⁴⁷ Per maggiori ragguagli in merito cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 75-76; V. MANES, *sub art. 7*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2012, 258 ss., spec. 278 ss.; M. SCOLETTA, *Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile e dell'applicazione analogica della legge penale*, in R. ACQUAROLI - E. FRONZA - A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma 2021, 444 e *ivi* nota 15.

La Corte costituzionale, invece, sostituisce al limite rappresentato dall'“essenza” fondamentale del reato l'argine molto più rigido e ferreo costituito dal significato delle parole secondo il linguaggio comune: insomma i giudici costituzionali si accostano ad un'idea di legalità più “legale” di quella patrocinata a Strasburgo⁴⁸.

Non solo, ma, posto che la prevedibilità della decisione giudiziaria rappresenta il contenuto fondamentale della legalità convenzionale, la prevedibile applicazione dell'art. 572 cod. pen. al fatto oggetto di giudizio sarebbe stata assicurata dal consistente – ancorché forse non consolidatissimo⁴⁹ – filone di precedenti inferibili dalla giurisprudenza di legittimità: di conseguenza, sarebbe risultato ragionevolmente garantito il rispetto della garanzia del *nullum crimen sine lege* nella misura in cui la sua *ratio* viene individuata dalla Corte EDU nella protezione del consociato da possibili applicazioni imprevedibili dello *ius puniendi* dello Stato.

Nonostante la prevedibilità assicurata dall'interpretazione fatta propria dalla Corte di Cassazione, la Corte costituzionale specifica che tale esito interpretativo non perde per ciò solo il proprio carattere incostituzionale qualora si appuri che esso si estrinseca in un'operazione analogica in quanto si colloca al di là del significato delle parole secondo il linguaggio comune: questo dimostra come i giudici costituzionali non intendano ridurre la legalità alla colpevolezza e dunque alla prevedibilità⁵⁰.

C) *L'ancoraggio costituzionale del divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”.*

Sotto un terzo profilo merita condivisione la ricostruzione offerta dalla Corte secondo la quale il divieto di analogia ha un ancoraggio costituzionale molto forte perché si ricollega a quelli che all'interno dell'area penalistica europeo-continentale sono «dei tradizionali principi-tabù»⁵¹, ovvero sia alla riserva di legge in materia penale sia al principio di determinatezza delle fattispecie criminose⁵².

A voler essere rigorosi si dovrebbe osservare che il divieto in esame trova il proprio fondamento, più che nella riserva di legge in materia penale, soprattutto e forse esclusivamente nel principio di determinatezza delle fattispecie di reato.

È ben vero infatti che dal punto di vista della riserva di legge il principio democratico sta alla base della legalità penale e pretende una concentrazione del potere normativo penale nelle mani del legislatore in quanto unico soggetto investito di una piena e diretta legittimazione democratica: di

⁴⁸ In tal senso cfr. anche F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, cit., 1218 ss.

⁴⁹ ... se è vero, come rileva la Corte costituzionale nella [sent. n. 98 del 2021](#), che una recente sentenza della Corte di Cassazione – invero successiva all'ordinanza di rimessione – ha escluso il delitto di maltrattamenti in famiglia in un'ipotesi assai simile a quella oggetto del processo *a quo* e caratterizzata da una relazione “instaurata da non molto tempo” e da una “coabitazione” consistita soltanto “nella permanenza anche per due o tre giorni consecutivi nella casa dell'uomo, ove la donna si recava, talvolta anche con la propria figlia” (Corte di Cassazione, Sezione terza penale, sentenza 25 gennaio 2021, n. 2911) e che dunque “la giurisprudenza di legittimità... fornisce... indicazioni assai meno univoche di quanto appaia dall'ordinanza di rimessione circa la possibilità di sussumere entro la figura legale descritta dall'art. 572 cod. pen., e non in quella di cui all'art. 612-bis, secondo comma, cod. pen., condotte abusive poste in essere nel contesto di una relazione affettiva con le caratteristiche illustrate nell'ordinanza di rimessione”.

⁵⁰ In tal senso cfr., anche con varietà di argomentazioni, M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio AIC* 5 ottobre 2021, 205.

⁵¹ Così G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano 2006, 239.

⁵² In senso difforme si esprime, invece, M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2011, 58-59, a giudizio del quale il divieto di analogia in materia penale deve essere ricollegato al principio di irretroattività, ovvero all'impedire la punizione di un fatto che, al momento in cui fu commesso, non era previsto come reato: l'A. – a p. 58 – osserva che tale divieto «finisce per allontanarsi dalla categoria oggettiva della legalità-determinatezza, spostandosi sensibilmente verso la categoria soggettiva della *colpevolezza*: cos'altro significa, infatti, punire un comportamento le cui conseguenze penali non sono ragionevolmente prevedibili se non punire un comportamento non colpevole?».

conseguenza, il principio democratico porta ad escludere che il giudice possa spingersi in operazioni altamente valutative degli interessi in gioco come sono quelle che si celano dietro il procedimento analogico⁵³.

Tuttavia, è anche ed altrettanto vero che l'analogia «non comporta affatto la conseguenza che il caso non previsto espressamente sia disciplinato da una fonte normativa *diversa* dalla legge, bensì... precisamente la conseguenza opposta e cioè che sia sempre e soltanto *la legge* (quella che disciplina il caso simile) a regolare il caso di cui si tratta»⁵⁴.

In realtà, il divieto di analogia si ricollega al principio di determinatezza.

Si deve premettere che quest'ultimo principio è funzionalmente collegato con il principio del carattere necessariamente frammentario della tutela penale⁵⁵ e che per frammentarietà si intende che non ogni comportamento integrante un'aggressione all'oggetto della tutela concreta l'illecito penale ma solamente quello che avviene *nei modi* della previsione legislativa del fatto⁵⁶: tanto premesso, da tali due principi – determinatezza e frammentarietà – «non può non derivare il divieto di analogia, vista la radicale antinomia che esiste tra frammentarietà ed analogia»⁵⁷.

A questo si aggiunga che, se è vero che il ricorso all'analogia presuppone innanzitutto l'esistenza di una lacuna di disciplina e dunque l'esistenza di una fattispecie non prevista dalla disposizione ma rispetto alla quale sia prospettabile la medesima esigenza di disciplina (*eadem ratio*), è anche vero che l'identità di *ratio* presuppone a sua volta che la fattispecie non prevista sia simile alla fattispecie contemplata dalla disposizione.

Dunque è la somiglianza tra le due fattispecie messe a confronto il punto centrale del procedimento analogico, ovvero quello dal quale dipende, poi, anche la possibilità di ipotizzare la ragionevolezza di un'identità di disciplina.

Tuttavia, come è stato giustamente messo in evidenza, «la somiglianza tra due dati della realtà non è esso stesso un carattere naturalistico, ma il risultato di un giudizio valutativo di similitudine condizionato dal criterio di valore assunto»⁵⁸: così, ad esempio, fra un'autovettura e una bicicletta vi

⁵³ Rileva a questo proposito I. GIUGNI, *Diritto giurisprudenziale e irretroattività della legge penale scritta. Compatibilità e limiti di un binomio antitetico*, in www.legislazionepenale.eu 17 settembre 2021, 3, che «il principio di legalità *sub specie* riserva di legge finisce per costituire la proiezione 'fisiologica' del principio della separazione dei poteri di matrice illuministica, impedendo possibili abusi sia da parte del potere esecutivo, sia da parte di quello giudiziario».

⁵⁴ Così G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari 2004, 52, secondo il quale dunque «occorre... liberarsi dal pregiudizio che il divieto d'analogia... per le norme incriminatrici... altro non sia che la diretta ed inevitabile conseguenza del principio della riserva di legge, in senso formale. Ciò non è per nulla vero e, fra l'altro, è storicamente dimostrabile che sistemi normativi nei quali tale principio era presente quali, ad es., il codice penale germanico del periodo nazista e quello sovietico dell'era staliniana... contemplavano altrettanto espressamente la possibilità di ricorrere al procedimento analogico e, addirittura, quella di definire il reato, nella sua essenza, in conformità dei c.d. principi generali del sistema»; in senso conforme cfr. altresì, di recente, P. SCEVI, *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen.* (web) 23 marzo 2020, 31.

⁵⁵ Il principio di frammentarietà viene tratto da un'interpretazione sistematica a livello costituzionale perché, posto che «il diritto penale non può punire che le azioni più gravi e non anche quelle solamente riprovevoli», è proprio la frammentarietà del diritto penale da un lato a garantire «la sua conciliabilità col principio di libertà» e dall'altro ad essere attuata «proprio dalla determinatezza di formulazione delle singole fattispecie, che – se “ben delimitate” – risultano l'un l'altra separate da più o meno ampie zone di liceità»: tutte e tre le citazioni sono tratte da F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale – La fattispecie*, Padova 1979, 172.

⁵⁶ Per maggiori lumi sul significato e sulla portata del principio di frammentarietà nel nostro ordinamento costituzionale cfr., fra i tanti e oltre all'Autore indicato nella nota appena precedente, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 238 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, a cura di R. Guerrini, Torino 2017, 23 ss.

⁵⁷ Così F.C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino 1993, 363; in senso diverso sembra, invece, esprimersi G. VASSALLI, *Tipicità*, cit., 540, a detta del quale «si potrebbe anche pensare ad un ordinamento in cui esista il principio di determinatezza delle fattispecie senza il divieto di una loro applicazione analogica...».

⁵⁸ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Parte Generale, Torino 2013, 147; in senso sostanzialmente analogo cfr. già O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006, 268-269-270, la quale rileva che «la somiglianza/diversità di *ratio* non rappresenta un dato intrinseco, oggettivo e dunque etero-referenziale. Per un verso, la sua valutazione è etero-indotta, poiché si fonda sul *contesto* normativo, ma anche su quello

è somiglianza in considerazione delle esigenze che fondano un divieto di transito a tutti i veicoli in una cosiddetta zona pedonale, ma vi è dissomiglianza rispetto alle esigenze che fondano il divieto di accesso in autostrada per certe categorie di veicoli.

Nel momento in cui si dichiara la somiglianza tra due fattispecie poste a confronto si privilegia implicitamente quel criterio di giudizio rispetto al quale sono determinanti e significativi certi elementi comuni: per riprendere l'esempio precedente, si può osservare che la bicicletta e l'autovettura sono due veicoli parimenti disturbanti il passeggio dei pedoni.

Poiché però nell'analogia la fattispecie simile non è prevista dalla legge, sussiste sempre il dubbio che possa essere privilegiato l'altro criterio di giudizio rispetto al quale sono al contrario determinanti e significativi gli elementi differenziali: per rifarsi sempre all'esempio di prima, può essere rilevata la diversa velocità sviluppata dalla bicicletta e dall'autovettura.

Ne viene, in definitiva, che il procedimento analogico presuppone sempre tanto il potenziale contrasto e il suo successivo superamento tra due o più criteri di valutazione della somiglianza e della diversità fra le due fattispecie confrontate, quanto un'operazione valutativa degli interessi e dei contro-interessi messi in gioco dalla fattispecie.

Il divieto di analogia è posto in funzione di preservare il principio di determinatezza anche nella misura in cui intende precludere radicalmente e una volta per tutte questo genere di operazione al giudice penale⁵⁹.

D) Il divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto” e la riferibilità della disposizione incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali.

Sotto un quarto profilo la sentenza del Giudice delle leggi in esame valorizza il divieto di analogia a sfavore del reo nella misura in cui enuclea il criterio di accertamento della violazione del divieto nell'impossibilità di riferire la disposizione incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali⁶⁰: più in particolare, si legge nella [sentenza n. 98 del 2021](#) che “non è tollerabile che la sanzione possa colpir[e il consociato] per fatti che *il linguaggio comune* non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore”⁶¹.

Il postulato in esame contesta in radice dunque la tesi secondo la quale insuperabili difficoltà si oppongono all'individuazione del significato letterale o dei possibili significati letterali dei segni linguistici utilizzati dal legislatore a causa dell'ineliminabile imprecisione della lingua dallo stesso utilizzata: quest'ultima si serve in larga parte di segni linguistici tratti dal linguaggio comune e pertanto non è e non può essere “esatta” a differenza della lingua altamente formalizzata dei logici e dei matematici⁶²; in altri termini, a giudizio di questa ricostruzione dottrinale l'equivocità, l'incoerenza, la vaghezza e la porosità del linguaggio comune risulterebbero ostative alla determinazione non solo di un preciso significato alla disposizione, ma anche di un'area di possibili significati della disposizione medesima.

Nella [sentenza n. 98 del 2021](#) la Consulta, invece, riprende fedelmente l'opinione, espressa in passato proprio dal relatore/redattore della sentenza *de qua*, secondo cui affinché il divieto di

fattuale, sociale, culturale ecc. in cui il fatto deve essere deciso. Per altro verso, non può neutralizzarsi la personale credenza dell'osservatore, che orienterà in una direzione o nell'altra la sua decisione».

⁵⁹ Qualcosa di molto simile in fin dei conti sosteneva già M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo 1955, partic. 95 e 100.

⁶⁰ L'adozione di questo criterio di accertamento da parte della Consulta nella sentenza in esame è condivisa da G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, Milano 2021, 84-85.

⁶¹ Corsivo nostro.

⁶² Nella dottrina tedesca questa teoria è stata sostenuta soprattutto a cominciare da M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin 1975, partic. 223.

analogia abbia un senso come «*limite esterno all'attività interpretativa*»⁶³ il criterio sul quale esso deve basarsi «può essere ravvisato soltanto nel riferimento esclusivo al *linguaggio comune*, inteso come sistema *eteronomo* rispetto all'interpretazione della norma»⁶⁴.

Si deve muovere dal presupposto secondo cui il divieto in esame assume un'essenziale funzione non soltanto democratica ma anche garantistica intesa come garanzia di prevedibilità della decisione giudiziale: quest'ultima, a sua volta, è condizione affinché il cittadino possa orientare liberamente e in maniera sicura le proprie scelte d'azione.

È noto che la legge penale si indirizza non solo al giudice nella sua funzione di “norma di giudizio”, ma anche al cittadino nella sua funzione di “norma di condotta”: se ciò è vero, allora essa deve “parlare” «un *linguaggio comprensibile al cittadino*: il quale... ha un 'diritto a non essere *ingannato*' dalla norma incriminatrice. Proprio ciò che avverrebbe ove il giudice – in esito magari ad itinerari interpretativi irreprensibili – finisse per applicare la norma ai casi *non 'coperti'* dal significato letterale – ricostruito secondo il *sistema linguistico* dei destinatari primari della norma, i cittadini – delle parole utilizzate dal legislatore»⁶⁵.

A dir la verità, la tesi che ancora il divieto di analogia al criterio del linguaggio comune incontra varie difficoltà che da quello stesso criterio insorgono.

Una prima difficoltà concerne l'individuazione del sistema linguistico alla cui stregua ricostruire il significato letterale dei termini utilizzati dal legislatore e consiste nel chiarire se deve trattarsi del linguaggio comune o del linguaggio tecnico-giuridico.

Questo dilemma può essere però agevolmente risolto a favore del primo corno dell'alternativa soprattutto per ragioni sostanziali legate alla *ratio* di garanzia del divieto di analogia: la disposizione penale infatti “ingannerebbe” il cittadino qualora i segni linguistici da essa utilizzati fossero interpretati secondo il sistema linguistico “iniziativo” dei giuristi, diverso da quello noto al cittadino medesimo⁶⁶.

Una seconda difficoltà concerne la risposta al seguente quesito: la compatibilità di una determinata interpretazione con il divieto di analogia deve essere vagliata alla stregua del linguaggio comune in uso nel momento dell'approvazione della disposizione o nel momento in cui la norma dev'essere applicata?

Anche questo dilemma può essere risolto abbastanza agevolmente.

A favore della prima soluzione potrebbe essere invocato senz'altro il principio che esige da parte del giudice una piena applicazione della volontà del legislatore storico e tuttavia il senso del divieto in esame è quello di assicurare ai destinatari della disposizione la sua comprensibilità e la conseguente garanzia di non essere da essa “ingannati”: ne discende allora la necessità di ricostruire il significato letterale in base al sistema linguistico dei destinatari della disposizione nel tempo in cui essa svolge la sua funzione di orientamento della loro condotta⁶⁷.

Una terza difficoltà è quella più problematica, ovvero riguarda le modalità di accertamento del significato letterale o dei possibili significati letterali delle espressioni utilizzate dal legislatore:

⁶³ Così F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I. L'offesa mediante violenza*, Milano 2002, 214.

⁶⁴ Così sempre F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 215.

⁶⁵ Così ancora F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 215-216.

⁶⁶ Naturalmente – precisa F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 216-217 – «nulla vieta che il legislatore possa stabilire autoritativamente, attraverso una *norma definitoria*, il significato che l'interprete (e il cittadino stesso) dovranno attribuire ad un dato termine che compare in una o più norme incriminatrici: e ciò anche, a nostro avviso, nel caso in cui tale definizione si allontani più o meno marcatamente dal linguaggio comune. In tal caso, in effetti, la norma definitoria dovrà considerarsi implicitamente richiamata dalla norma incriminatrice, incorporandosi con essa; con il risultato che il divieto di analogia dovrà applicarsi alle stesse espressioni che compongono la definizione medesima».

⁶⁷ Per dirla con F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 217-218, «il significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore come limite invalicabile all'interpretazione (= come criterio di *falsificazione* di una data interpretazione) non potrà che essere ricostruito alla luce del sistema linguistico dei *destinatari* della norma, *nel tempo* in cui la norma esercita di fatto la sua funzione di orientamento della loro condotta».

come stabilire, ad esempio, se la condotta di chi si sdraia sui binari per costringere un tram a fermarsi sia qualificabile, ai sensi del linguaggio comune, quale condotta violenta⁶⁸?

È evidente che né gli esperti di linguistica né i dizionari offrono risposte sicure al riguardo: questo perché il problema è quello non della ricerca di una o di più definizioni dell'espressione linguistica secondo il linguaggio comune, ovvero dell'"intensione" dell'espressione linguistica, bensì della riferibilità dell'espressione linguistica medesima ad una determinata situazione concreta, ovvero dell'"estensione" della stessa espressione linguistica ad una determinata realtà individuale.

Dopotutto gli stessi dizionari si limitano ad indicare le accezioni più frequenti e più consolidate di un determinato termine, ma lasciano impregiudicata la possibilità di riferire il termine anche ai casi situati in quella zona in cui le certezze del linguista sull'utilizzabilità del termine vacillano.

La conclusione più logica sembrerebbe quindi consistere nella necessità di affidare il giudizio ultimo di compatibilità con il linguaggio comune di una data soluzione interpretativa al giudice: egli è infatti lo stesso soggetto autore dell'interpretazione la cui compatibilità con il divieto di analogia dovrebbe, dall'esterno, essere vagliata.

Tuttavia le preoccupazioni che questa terza difficoltà così prospettata renda irriconoscibile il confine dei significati letterali ed arbitraria una sua determinazione ad opera del giudice possono essere giudicate, ad una più attenta riflessione, oltremodo esagerate.

A tale proposito l'esempio che può risultare illuminante è quello dell'espressione linguistica "uomo" contenuta nell'art. 575 cod. pen. relativo al reato di omicidio.

È da considerarsi già uomo secondo il linguaggio comune e dunque possibile soggetto passivo di un omicidio senz'alcuna violazione del divieto di analogia il frutto del concepimento al nono mese di gravidanza o ancora il frutto del concepimento durante il parto? E, in caso di risposta affermativa, lo è anche all'ottavo mese di gravidanza? O al settimo? O al sesto quando le *chances* di sopravvivenza al di fuori del grembo materno sono minime? Dove si deve fissare secondo il linguaggio comune la linea di demarcazione fra uomo in quanto possibile soggetto passivo di un omicidio e feto in quanto possibile soggetto passivo di un aborto?

A questo interrogativo autorevole dottrina risponde in modo del tutto condivisibile così: «il linguaggio comune non è chiamato a fornire la risposta circa l'applicabilità o non applicabilità della norma sull'omicidio a chi cagioni la morte di un 'feto' (o di un 'uomo') durante la gravidanza o durante il parto: il linguaggio comune deve solo garantire, per così dire, la 'copertura' della soluzione cui l'interprete sia *aliunde* pervenuto, attraverso l'intero armamentario dei suoi tradizionali strumenti esegetici»⁶⁹.

In altri termini, assume un'importanza secondaria la circostanza che un numero più o meno consistente di "parlanti" in una determinata "comunità linguistica" sia, in ipotesi, disposto a riconoscere la "qualità" di uomo ad un feto al nono mese di gravidanza ucciso nel ventre materno da un feroce assassino laddove un tale esito interpretativo sia escluso dal giudice in seguito, per esempio, ad una lettura sistematica delle disposizioni in tema di omicidio e di aborto⁷⁰: dopotutto «i limiti concettuali di ogni singola espressione *non sono mai conchiusi nel testo, ma sempre*

⁶⁸ Si tratta di problemi comuni anche alla prassi giudiziaria in altri Stati: cfr. F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 206, il quale getta un rapido sguardo alla giurisprudenza tedesca che, a titolo esemplificativo, ha ritenuto pacificamente sussistente l'aggravante dell'uso di armi nel getto di acido muriatico contro la vittima, ha qualificato banda un'associazione composta da solo due persone ecc., escludendo pacificamente in ognuno di questi casi qualsiasi contrasto col significato letterale della disposizione incriminatrice.

⁶⁹ Così F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 228.

⁷⁰ È evidente infatti che le espressioni linguistiche non vanno mai isolate dal contesto sintattico e logico in cui esse sono inserite perché, anzi, proprio tale contesto consente usualmente di escludere a priori come irrilevante una serie di accezioni delle espressioni in questione con conseguente drastica riduzione dell'area di equivocità semantica del segno linguistico che viene in considerazione. Sull'interpretazione sistematica in ambito penale cfr. G.P. DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, cit., 1088 ss.

modificati dal contesto»⁷¹ nel senso che «la singola parola si riempie di significato anche in funzione della disposizione in cui è inserita e del sistema giuridico entro il quale si colloca»⁷².

Ciò che conta, invece, è che, ad esempio, la soluzione interpretativa che riconosce la qualità di possibile soggetto passivo del delitto di omicidio al feto durante il parto sia legittimata, sul piano del divieto costituzionale di analogia, almeno dalla possibilità di ricondurre quell'essere vivente al «concetto» di uomo secondo il giudizio di un «parlante medio»⁷³.

Insomma, «la funzione del raffronto con l'uso linguistico corrente è... meramente *negativa*: quella cioè, eventualmente, di *falsificare* una determinata interpretazione per la sua *incompatibilità* con il linguaggio comune. E ciò accade *soltanto* quando l'oggetto da definire ricada tra i *candidati negativi* del concetto, ossia quando la sua riconduzione al termine utilizzato dal legislatore sia senz'altro da *escludere* dal punto di vista del linguaggio comune: mentre, allorché l'oggetto da definire ricada tra i 'candidati neutri' del concetto, ossia allorché la riconduzione al termine in questione appaia dal punto di vista del linguaggio comune *possibile*, anche se non sicura, al 'parlante medio', l'interprete resterà libero di applicare la norma al caso di specie, senza timore di violare il divieto di analogia»⁷⁴.

La questione su cui si incentra tutto il problema è pertanto quella della distinzione fra i cosiddetti candidati negativi e i cosiddetti candidati neutri.

Infatti solo rispetto ai primi può ritenersi operante il divieto di analogia e tale distinzione dovrà essere operata dal giudice adottando quale parametro di riferimento il suo «personale senso della lingua»⁷⁵: solo l'assunzione di quel ruolo non di esperto di diritto ma di «parlante medio» potrà consentire allo stesso di compiere il giudizio – i cui esiti dovranno essere puntualmente motivati⁷⁶ – di compatibilità o di incompatibilità con il linguaggio comune dell'interpretazione a cui egli sia pervenuto per altra via e con altri strumenti. L'esame analitico di tutti i vari profili poc'anzi indicati

⁷¹ Così – con corsivo nostro – M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 710 nota 30.

⁷² Così G. CHECCACCI, Facebook *come un luogo pubblico: un caso di "analogia digitale"* in malam partem, in *Criminalia* 2014, 511, il quale osserva che «in un contesto come quello penalistico, ... caratterizzato da insopprimibili esigenze di garanzia, il fondamentale canone ermeneutico dell'interpretazione letterale può, in alcuni casi, non riuscire da solo a scongiurare il rischio di operazioni sostanzialmente analogiche»; sull'importanza del contesto legislativo e dunque del criterio sistematico cfr. anche C. FIORE, *Diritto penale*, Parte Generale, Volume primo, *Introduzione allo studio del diritto penale. La legge penale – Il reato*, Torino 1993, 76, nonché G. CARCATERRA, *Intervento*, in *Opinioni a confronto*, cit., 351-352.

⁷³ In questi termini si esprime F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 229.

⁷⁴ Così F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 228; in senso in buona sostanza analogo si rivela essere la distinzione operata da F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, cit., 1218 ss., il quale rappresenta il significato linguistico delle parole con l'immagine di tre cerchi concentrici (il primo, ovvero quello più interno, è costituito dall'area semantica in cui sono ricompresi i dati di realtà sicuramente denotati dal termine in questione; il secondo è quello in cui si trovano quei dati di realtà affetti da incertezza in quanto possono come no essere ricondotti all'area semantica del termine a seconda delle considerazioni teleologiche e valoriali di volta in volta prevalenti; il terzo è quello della certezza negativa, cioè dei dati di realtà che sicuramente non possono essere ricondotti nell'area semantica del termine in questione) e conclude nel senso che il fatto che «un margine di certezza *linguistica*, ancorché negativa, debba essere riconosciuto e imposto non solo dall'esistenza delle norme sul divieto d'analogia, che altrimenti dovrebbero essere considerate *tamquam non essent*, ma soprattutto ed ancor prima dal fatto che, se realmente non esistessero margini di certezza – positiva e negativa – il linguaggio risulterebbe inidoneo alla sua funzione naturale e istituzionale che è quella comunicativa». Giudica inappagante l'immagine icastica dei tre cerchi concentrici M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, cit., 203, secondo il quale tale immagine «ha un valore meramente ricognitivo, che non offre tuttavia alcuno strumento euristico funzionale al sindacato di legittimità per tutte le ipotesi che si collocano nella zona grigia, ovvero nel cerchio dell'incertezza semantica; se è innegabilmente vero che esiste un'area di certezza linguistica – che definisce in positivo e in negativo la tipicità di ciascuna fattispecie incriminatrice –, è altrettanto vero che si tratta di certezze molto limitate..., mentre tutti i casi "discutibili" si collocano nella sfera dell'incertezza».

⁷⁵ F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 229.

⁷⁶ Osserva a tal proposito F. VIGANÒ, *op. e loco ult. cit.*, che solo un'adeguata motivazione – che dovrà reggere al controllo delle istanze superiori di giudizio e dunque al metro della personale sensibilità linguistica di altri giudici al fine di ridurre i margini di opinabilità e di soggettività insiti nel giudizio del primo giudice – può evitare il fenomeno descritto da Hassemer come 'argomentazione per omissione' in materia di divieto di analogia.

rende chiaro che nella [sentenza n. 98 del 2021](#) si assiste ad una valorizzazione del divieto di analogia nel suo secondo “volto”, quello rivolto al giudice. Nonostante ciò, secondo un’opinione piuttosto diffusa tale “volto” del divieto in esame continua a costituire di fatto un argine non troppo robusto nei riguardi degli eventuali arbitrii del potere giudiziario per un duplice ordine di ragioni.

3.1. *La non sanzionabilità in sede di giudizio sulle leggi della lesione del divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”.*

La prima ragione viene individuata nella circostanza che il divieto di analogia a sfavore del reo, oltre a costituire un *unicum* perché, come già detto, presenta un duplice “volto”, rappresenta un *unicum* anche perché nel suo secondo “volto” soffre di quello che è stato autorevolmente definito un «clamoroso paradosso che passa in genere sotto silenzio presso la dottrina italiana»⁷⁷. Si sostiene così che la Corte costituzionale non può avere l’occasione di sanzionare la lesione del divieto in esame perché manca «una norma espressa che contravvenga il divieto [di analogia] (che potrà essere violato semmai da singoli comportamenti interpretativi del giudice)»⁷⁸: la conseguenza che ne viene tratta è che il divieto di analogia in questo secondo “volto” assume, sì, «un significato politico-simbolico che risulta nel complesso (ancora) irrinunciabile», ma che si tratta pur sempre dell’unico principio costituzionale la cui lesione non appare «giustiziabile, di un’arma destinata a restare spuntata»⁷⁹. Ed effettivamente, mentre nel “volto” riferito al legislatore così come in precedenza delineato il divieto in esame può senz’altro costituire un parametro in sede di giudizio sulle leggi e anzi può consentire di annullare le leggi che contemplino fattispecie ad analogia esplicita, apparentemente non altrettanto sembra potersi sostenere in relazione al “volto” riferito al giudice⁸⁰: questo perché a vegliare su tale “volto” del divieto – al quale pure, come già detto, viene

⁷⁷ Così F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.* 19 dicembre 2016, 7, il quale osserva che rimane irrisolto nel nostro sistema il dubbio del *quis custodiet custodes* che è, invece, «superato in quegli ordinamenti – come quello tedesco – che ammettono un ricorso in ultima istanza del condannato alla Corte costituzionale per violazione del divieto di analogia da parte della giurisdizione penale comune».

⁷⁸ Così R. BIN, *sub art. 25*, in V. CRISAFULLI - L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 1990, 186.

⁷⁹ Entrambe le ultime citazioni sono tratte da A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli 2020, 413; sulla stessa lunghezza d’onda cfr. anche già V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”*: appunti di “deontologia ermeneutica”, in *Dir. pen. cont.* 17 gennaio 2018, 12 nota 54, il quale rileva il «“tradizionale” difetto di giustiziabilità del divieto di analogia, da sempre apparso come *lex imperfecta*». La stessa Massaro osserva che «quando la determinatezza fallisce... e l’esito è quello di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole, da cui derivi un ampliamento della sfera del penalmente rilevante o, comunque, un trattamento meno favorevole per il reo, non resta che affidarsi alla garanzia della irretroattività... Se... alla violazione, pur palese e “spudorata” del divieto di analogia non segue alcuna “sanzione” (a parte lo stigma impresso dalla dottrina) e se, soprattutto, l’estensione analogica si stabilizza all’interno dell’ordinamento, l’esigenza diviene almeno quella di “limitare i danni”, verificando se l’ordinamento disponga di meccanismi rimediali che consentano, almeno, di raggiungere questo obiettivo minimo» (A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 416-417). Sotto quest’ultimo profilo cfr. M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016, 370, nonché ID., *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.* 2018, n. 4, 87, laddove l’A. osserva che «questo carattere frammentario del diritto penale, che impone il divieto di analogia *in malam partem* quale postulato costituzionale identitario di tutta la disciplina... non è superabile attraverso l’*escamotage* ermeneutico del divieto di retroattività: una interpretazione estensivo-analogica non diventa lecita se applicabile solo alle fattispecie future. È illecita in sé senza sanatorie, per violazione dell’articolo 25 cpv. Cost. e delle corrispondenti regole europee convenzionali».

⁸⁰ Se allora, come sostiene M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla carta costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, in *Foro it.* 2001, V, 35, i principi costituzionali in materia penale sono distinguibili in principi che vedono riconoscere la propria giustiziabilità in decisioni di accoglimento (quali il principio di legalità, quello di irretroattività delle disposizioni incriminatrici, quello di determinatezza, quello di colpevolezza ecc...), in principi in riferimento ai quali i margini di discrezionalità politica sono così ampi da risultare normalmente non sindacabili da parte della Corte costituzionale o al massimo censurabili solo nei limiti del più generale criterio di ragionevolezza (quali i principi di sussidiarietà, di frammentarietà, di laicità, di effettività, di materialità ecc...) ed

da tutti riconosciuto un rango costituzionale – è soltanto la giurisprudenza comune “nelle vesti” della Corte di Cassazione la cui attività ermeneutica paradossalmente si vorrebbe però limitata proprio da quel “volto” del divieto⁸¹.

Sulla base di quanto appena osservato si potrebbe a ragion veduta ritenere che nasca quella che è stata definita la «ragionevole presunzione da parte dei giudici ordinari di avere piena e indiscutibile signoria giuridica nel definire l'estensione di significato del testo legislativo»⁸²: infatti il Tribunale di Torre Annunziata, ovvero il giudice *a quo* nel processo costituzionale conclusosi con la [sentenza n. 98 del 2021](#), non si è minimamente posto il problema della legittimità costituzionale dell'opzione interpretativa prescelta *sub specie* di violazione del divieto di analogia a sfavore del reo.

Vediamo però di approfondire quanto sopra rilevato nel tentativo di dimostrare che in realtà sussistono dei margini di intervento della Corte costituzionale in grado di sanzionare l'assodata lesione del divieto di analogia nel suo secondo “volto”.

Si ponga l'ipotesi che un giudice di merito ritenga di dover applicare una disposizione penale nel significato da essa assunto sulla base della formazione di un orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità⁸³: il particolare riferimento riguarda quello creatosi in seno alle Sezioni Unite⁸⁴.

infine in principi a metà strada fra gli uni e gli altri qual è il classico caso del principio di offensività (cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pubbl.* 2021, n. 1, 197-242), il secondo “volto” del principio costituzionale del divieto di analogia a sfavore del reo non sembra inseribile in nessuna di queste tre categorie di principi se si parte dal presupposto che la sua violazione non è in alcun modo giustiziabile in sede di giudizio sulle leggi.

⁸¹ Il ragionamento assumerebbe contorni totalmente differenti qualora fosse accolta la proposta di istituire una qualche forma di ricorso diretto alla Corte costituzionale mediante il quale, senza passare dalla previa deliberazione del giudice, si possa eccepire l'incostituzionalità di una specifica opzione interpretativa e dunque anche la sua eventuale analogicità: sulla proposta cfr. F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, cit., 1218 ss., il quale mette in guardia dalla circostanza che la Corte – a proposta accolta – sarebbe molto probabilmente inondata da una grande massa di ricorsi diretti e presumibilmente si trasformerebbe di fatto in un organo di quarta istanza giurisdizionale. Diverse le proposte di G. CONTENUTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.* 1988, V, 489, secondo il quale dovrebbe essere previsto il ricorso ad un particolare organo giudicante che «il cittadino dovrebbe essere facultato ad investire senza dover attendere la mediazione di giudizi intermedi, affinché la questione di “legalità” della incriminazione possa essere decisa, una volta per sempre, sin dal sorgere del processo, e nel momento stesso in cui la contestazione venga formulata, prima ancora che siano compiuti gli accertamenti istruttori rivolti alla verifica della sussistenza concreta del fatto e della possibilità di attribuirne la commissione all'imputato. Una sorta, dunque, di pregiudiziale di rilevanza costituzionale, da sottoporre ad un organo non “condizionato” dalla cognizione dei termini fattuali della vicenda, ed in grado, dunque, di valutare con totale ed assoluta obiettività, senza interferenze motivazionali di alcun genere, i termini della questione», nonché di A. CADOPPI, *Quis custodiet ipsos custodes? La necessità di un meccanismo di controllo dell'interpretazione della legge penale*, in R. ACQUAROLI - E. FRONZA - A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione*, cit., 302-303, il quale, dopo aver escluso la possibilità di ricorrere alla Corte di Strasburgo di fronte a violazioni del divieto di analogia da parte della giurisprudenza di legittimità atteso che la Corte EDU non ha compiti interpretativi del diritto dei singoli Stati, avanza la soluzione di creare un organismo di *amparo* a cui il cittadino possa ricorrere contro le pronunce della Cassazione al solo fine di verificare la plausibilità dell'interpretazione di quest'ultima, ovvero l'eventuale analogicità dell'operazione ermeneutica compiuta, e di rendere inefficace tale operazione analogica qualora assodata.

⁸² Così M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, cit., 201, il quale discorre di una vera e propria consapevolezza – per quanto al limite possa essere inconscia – da parte dei giudici comuni dell'assenza di un reale sindacato costituzionale sull'attività interpretativa.

⁸³ Come osserva A. CADOPPI, *Quis custodiet ipsos custodes?*, cit., 299, se un giudice opera analogicamente “creando” una nuova norma ma il suo *dictum* non ha efficacia vincolante su altri giudici, questi ultimi potranno «tranquillamente ricondurre l'applicazione di quella norma al suo normale e fisiologico ambito interpretativo, e dunque quella “nuova norma” – determinata dall'indebito ampliamento interpretativo della norma scritta – non avrà né forza legislativa né para-legislativa».

⁸⁴ È stato osservato che a seguito dell'introduzione dell'art. 618, comma 1 *bis* cod. proc. pen., secondo cui “se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso”, i *dicta* delle Sezioni Unite «divengono inattuabili dalle Sezioni semplici, che, se ritengono di dipartirsi da un precedente delle Sezioni Unite, devono chiamare ad una nuova decisione le stesse Sezioni Unite»: così A. CADOPPI, *Quis custodiet ipsos custodes*, cit., 298; ridimensiona in parte, invece, il vincolo del

Nessun problema si pone qualora il giudice, convinto che tale orientamento consolidato non è il frutto di un'operazione analogica, possa fare applicazione della disposizione penale nel significato da essa assunto secondo il diritto vivente⁸⁵.

Qualora invece il giudice di merito si convincesse che l'opzione interpretativa in cui si concreta il diritto vivente è realmente analogica, allora non avrebbe altra strada da percorrere se non quella di investire la Corte della questione di costituzionalità del diritto vivente in considerazione del fatto che questo si pone in violazione del divieto di analogia⁸⁶.

La possibilità per la Corte di entrare nel merito di una simile questione di legittimità costituzionale è però ancora tutta da dimostrare.

Meglio ancora, questo molto probabilmente avverrebbe se nel nostro ordinamento vigesse il principio dello *stare decisis*: in quel caso infatti il giudice non potrebbe discostarsi dall'applicazione della disposizione penale nell'orientamento consolidatosi presso la Corte di Cassazione⁸⁷.

Questo principio non trova, però, formale cittadinanza nell'ordinamento italiano, che invece consacra il principio di soggezione del giudice alla sola legge ai sensi dell'art. 101, comma 2 Cost.⁸⁸.

precedente proveniente dalle Sezioni Unite ai sensi della disposizione codicistica sopra citata G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.* 29 gennaio 2018, 15 ss.

⁸⁵ È chiaro che il giudice potrebbe anche errare nella sua valutazione e che pertanto quell'orientamento consolidato in realtà potrebbe essere il risultato di un'operazione analogica: in questo caso l'ordinamento non contempla in effetti alcun rimedio a tale valutazione sbagliata. Ma, dopotutto, questo ragionamento è passibile di essere svolto in riferimento a qualunque legge: se il giudice erroneamente ritiene che la questione di costituzionalità della legge, della quale deve fare applicazione nel giudizio e che è assunta nell'indirizzo giurisprudenziale consolidato, non può essere sollevata perché non sussiste il requisito della non manifesta infondatezza, l'ordinamento non predispone alcun rimedio alla decisione del giudice di non sollevare la *quaestio* e di applicare, invece, nel giudizio quella legge nell'indirizzo consolidato.

⁸⁶ Quanto appena sopra nel testo significato esplicita validità anche nel "rapporto" che si viene ad instaurare fra Sezioni semplici della Corte di Cassazione e Sezioni Unite: infatti, come ha bene chiarito la Corte costituzionale, "l'obbligo per una sezione semplice della Corte di cassazione di astenersi dal decidere in contrasto con il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite attiene al piano dell'interpretazione della legge, non a quello della verifica della compatibilità della legge (così come interpretata dalle Sezioni unite) con la Costituzione; verifica, questa, che l'ordinamento italiano affida a ogni autorità giurisdizionale durante qualsiasi giudizio, consentendo a tale autorità di promuovere direttamente questione di legittimità costituzionale innanzi a questa Corte, senza dover sollecitare allo scopo altra istanza superiore di giudizio" ([sent. n. 33 del 2021](#)).

⁸⁷ A giudizio di F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, cit., 1218 ss., forse un'ipotesi in qualche modo vicina a quella dello *stare decisis* potrebbe essere individuata nel caso in cui l'interpretazione analogica fosse avallata dalle Sezioni Unite e la Sezione semplice, che avesse inteso discostarsene, avesse ricevuto un diniego dal Collegio riunito e chiamato a decidere ai sensi dell'art. 618, comma 1-bis cod. proc. pen.: in questo caso si potrebbe immaginare la possibilità di invocare l'intervento risolutivo della Corte costituzionale vertendosi in materia costituzionalmente molto sensibile anche se – si affretta a precisare l'A. – dal punto di vista strettamente giuridico nemmeno in questo caso sussisterebbe l'obbligo per la Sezione remittente di uniformarsi alla ribadita soluzione delle Sezioni Unite. Sul punto vedasi comunque la nota appena precedente.

⁸⁸ Come ha chiaramente specificato il Giudice della legge nella famosa [sent. n. 230 del 2012](#), "l'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite 'aspira' indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma... si tratta di connotati solo «tendenziali», in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente 'persuasivo'". Nonostante ciò, è opportuno ricordare come alcuni commentatori ritengano che il diritto vivente "conforma" il diritto in ogni disciplina ivi comprese quelle soggette ad uno stretto principio di legalità come il diritto penale: cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna 2018, 135-136, secondo i quali «la continuità della giurisprudenza è così tanto importante che... anche là dove non esistano "dottrine" dello *stare decisis*... è pur sempre riconosciuto nell'esperienza concreta... un grande valore, se non un valore vincolante», nonché da ultimo in tal senso F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in [Sistema Penale](#) 19 gennaio 2021, 18, secondo il quale «il principio di parità di trattamento di fronte alla legge (art. 3 Cost.) e l'esigenza di assicurare un'efficace funzione orientativa della condotta dei consociati... esigono... l'opportunità di rifuggire da letture dell'art. 101, secondo comma, Cost. che immaginino il giudice *solo* di fronte alla legge, del tutto libero di interpretarla a prescindere da come la legge sia stata, in passato, interpretata da altri giudici».

Di conseguenza, la Corte, investita di quella questione di costituzionalità, potrebbe dichiararla inammissibile sulla base del presupposto che il dubbio di legittimità si risolve in realtà in un dubbio sanabile dal giudice direttamente e autonomamente in via interpretativa.

In altri termini, l'inammissibilità sarebbe motivata sul postulato che il giudice comune, lungi dal dover necessariamente applicare la disposizione nell'opzione interpretativa assurta a diritto vivente, ben avrebbe potuto "azionare" il basilare dovere interpretativo volto a ricercare un altro significato normativo della disposizione incriminatrice sia pure sempre dentro i confini del testo legale⁸⁹.

Certo non v'è dubbio che, qualora il giudice di merito si accostasse ad una lettura interpretativa diversa dal diritto vivente ritenuto analogico, tale lettura interpretativa sarebbe destinata ad essere "cassata" ad opera delle giurisdizioni superiori ed in particolare della Corte di Cassazione, che a sua volta farebbe presumibilmente valere il proprio orientamento interpretativo, ovvero quello consolidato⁹⁰.

Proprio al fine di evitare questo epilogo il Giudice delle leggi potrebbe allargare il filtro dell'ammissibilità della questione di costituzionalità⁹¹ e valorizzare quell'indirizzo espresso in sede di giurisprudenza costituzionale in virtù del quale in presenza di un diritto vivente il giudice può, sì, non uniformarsi e seguire una diversa soluzione interpretativa, ma è libero anche di assumere l'interpretazione assurta a diritto vivente e di richiederne il vaglio di compatibilità con i parametri costituzionali⁹²: dopotutto la recente [sentenza n. 32 del 2020](#) – relativa all'estensione del principio di irretroattività all'Ordinamento penitenziario ogniqualvolta la novazione normativa manifesti ricadute gravose sulle quote di libertà concretamente incise in fase esecutiva⁹³ – è la prova concreta del fatto che la Corte utilizza la tecnica dell'interpretativa di accoglimento al fine di annullare la norma risultante dal diritto vivente la cui incostituzionalità sia appurata⁹⁴.

Anzi, a giudicare dalla più recente giurisprudenza costituzionale a nostro avviso questa ultima osservazione non perde validità anche in presenza non di un diritto vivente, bensì di un diritto che

⁸⁹ Nota a questo proposito M. SCOLETTA, *Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile*, cit., 452 e ivi nota 38, che sono frequenti le decisioni di inammissibilità fondate su un utilizzo improprio del giudizio incidentale di costituzionalità atteso che il giudice *a quo* ha, attraverso la *quaestio*, cercato solo un avallo interpretativo da parte della Corte costituzionale.

⁹⁰ Ben rileva a questo proposito G. INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016, 2002, quanto segue: «io voglio soffermarmi ora su disposizioni che il diritto vivente applica analogicamente, punendo oltre il testo. Che può fare il piccolo giudice che dissenta da questo diritto vivente? Ritornare al testo, assolvere, ad esempio: salverà la sua coscienza, come fece il marchese di Cardigan per l'onore della sua brigata leggera, ma la disfatta interverrà nei giudizi di impugnazione, attivabili ormai senza limiti dall'onnipotente organo dell'accusa. Invece delle cannonate russe gli si rovesceranno addosso i rosari di *ex plurimis* del diritto vivente».

⁹¹ Discorre di ulteriore attenuazione del suo rigore in punto di inammissibilità da parte della Corte costituzionale F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, cit., 1218 ss.

⁹² Quale emblema di tale indirizzo della giurisprudenza costituzionale cfr., ad esempio, la [sent. n. 12 del 2020](#); in dottrina per altri riferimenti sul suddetto indirizzo giurisprudenziale cfr., *inter alios*, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019, 181-182.

⁹³ Nel caso della [sent. n. 32 del 2020](#) peraltro la Corte nel censurare l'indirizzo ermeneutico assunto a diritto vivente ha censurato il mancato intervento del legislatore diretto ad escludere espressamente la retroattività delle modifiche *in peius*: su questo specifico profilo cfr. in senso adesivo alla soluzione adottata dalla Corte A. PUGIOTTO, *Divieto di retroattività penale, ma non solo: i tanti profili d'interesse della sentenza n. 32/2020*, in *Quad. cost.* 2020, n. 2, 397-398, il quale osserva che la Corte ha il compito di rimuovere dall'ordinamento la norma vivente illegittima che riempie un vuoto legislativo e che «velleitaria, in tali condizioni, sarebbe stata un'interpretativa di rigetto priva di effetti *erga omnes*»; in senso critico verso la soluzione adottata dalla Corte cfr., invece, A. GARGANI, *L'estensione 'selettiva' del principio di irretroattività alle modifiche in peius in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione 'storica'*, in *Giur. cost.* 2020, 271, secondo il quale «per effetto del sovrachio valore normativo attribuito al 'diritto vivente', il vaglio di costituzionalità è stato operato *come se* la disposizione in esame prevedesse espressamente la propria applicabilità ai condannati per reati commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019».

⁹⁴ Del resto, come nota M. SCOLETTA, *La legalità 'corrotta': la punibilità della subornazione del consulente tecnico del pubblico ministero tra analogia e manipolazione delle norme incriminatrici*, in *Giur. cost.* 2014, 2630, i giudici costituzionali non detengono il potere di imporre alla Cassazione vincoli interpretativi o limiti esegetici ma questo soltanto al di fuori di una pronuncia di accoglimento ivi compresa quella interpretativa. Che questo sia però solo parzialmente vero è da noi sostenuto poco oltre sopra nel testo a cui si rinvia.

potrebbe essere definito quasi vivente, che consista in una singola sentenza della Corte di Cassazione⁹⁵.

Pur assumendo infatti il difetto di un vero e proprio diritto vivente ma l'esistenza di una sola pronuncia del giudice della nomofilachia in ordine all'interpretazione di una certa disposizione incriminatrice, è la stessa Corte costituzionale a mettere in guardia dalla circostanza che un'eventuale pronuncia di dissenso in merito a quell'interpretazione da parte del giudice che deve decidere un caso dovendo fare applicazione di quella disposizione lo esporrebbe ad un'assai probabile riforma della propria decisione.

Più in particolare, i giudici costituzionali sostengono che, qualora, in una situazione quale quella appena descritta, non sollevasse la questione di costituzionalità, il giudice dovrebbe adeguarsi ad un'interpretazione che non condivide oppure assumere una pronuncia in contrasto che sarebbe però, se impugnata, presumibilmente destinata ad essere riformata: di conseguenza, l'unica possibilità di evitare che continui ad essere applicata una disposizione assunta come costituzionalmente illegittima è la sollevazione della questione di costituzionalità⁹⁶.

Insomma, nell'ipotesi considerata la questione proposta non si risolve nella mera ricerca di un avallo interpretativo da parte del Giudice delle leggi perché la soluzione prescelta dal giudice, ovvero quella di ritenere l'interpretazione data dalla Corte di Cassazione non altrimenti superabile, non lascia spazio all'adozione di altre opzioni atteso che tutte verrebbero comunque a scontrarsi con quella seguita dal giudice di ultimo grado⁹⁷.

Non è un caso se è stato sostenuto che, investita della questione di costituzionalità del diritto vivente – e, si potrebbe aggiungere sulla base di quanto appena ricordato, anche del diritto quasi vivente – supposto in contrasto con il divieto di analogia a sfavore del reo, la Corte costituzionale potrebbe e, anzi, dovrebbe controllare il corretto e il convincente utilizzo dei criteri interpretativi al fine di appurare se una soluzione ermeneutica “incerta” sia davvero riconducibile al preteso significato letterale secondo il linguaggio comune della disposizione penale.

Più in particolare, si sostiene che i giudici costituzionali non sono certamente i «depositari del contenuto normativo ipostatizzato nella lettera della legge», ma che, «se determinate evoluzioni di significato... sono ragionevolmente percepibili dalla collettività e ricavabili anche dalla giurisprudenza ordinaria, altre evoluzioni, più discutibili e dunque problematiche, possono e devono meritare un giudizio *super parte*... rispetto alle opzioni ermeneutiche in gioco»⁹⁸.

In questo modo si verificherebbe, a nostro avviso, un sensibile avvicinamento dell'ordinamento italiano all'ordinamento tedesco laddove la violazione del decalogo dei criteri interpretativi determina una censura di costituzionalità attraverso la sanzione, in sede di giudizio di

⁹⁵ In senso critico sul ruolo che la Consulta sembra attribuire nella sua più recente giurisprudenza al diritto quasi vivente cfr. M. PIAZZA, *Il computo del servizio reso in missioni O.N.U., a confronto con quello relativo alle campagne di guerra in senso stretto. È davvero impossibile un'equiparazione, quando i rischi sono del tutto analoghi?*, in *Giur. cost.* 2016, 2167-2168 e *ivi* nota 7, il quale in relazione alla [sent. n. 240 del 2016](#) (su cui vedasi la nota successiva e il testo sopra) osserva da un lato che si deve attribuire un peso maggiore al “grado” dell'organo giurisdizionale che emette la sentenza più che al “grado” di adesione ad una certa scelta ermeneutica e dall'altro lato che, poiché nella circostanza veniva in considerazione una singola decisione del Consiglio di Stato nemmeno assunta in Adunanza plenaria, l'impressione che se ne potrebbe trarre è che la Consulta abbia voluto fornire un *surplus* di legittimazione all'orientamento adottato dal Consiglio di Stato.

⁹⁶ È molto chiara in tal senso la [sent. n. 240 del 2016](#) (punto 6 del cons. in dir.).

⁹⁷ Appare emblematica a questo proposito, da ultima, la [sent. n. 1 del 2021](#) (punto 2.1 del cons. in dir.).

⁹⁸ Le ultime due citazioni sono tratte da M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, cit., 211, il quale muove dall'assunto secondo il quale il diritto vivente di fonte giurisprudenziale non è un'«entità giuridica indiscutibile nella sua genesi, la cui validità può essere scrutinata rispetto a tutti i vincoli costituzionali, ma non rispetto alla legalità penale/tassatività, il cui rispetto dovrebbe essere presunto in via assoluta dalla teorica derivazione della “norma” da una “legge”» (p. 205).

Ad una conclusione analoga sia pure sulla base di una motivazione differente addiviene A. MANNA, *Corso di diritto penale*, Parte Generale, I, Padova 2007, 72, secondo il quale laddove il giudice operasse analogicamente travalicando i limiti della disposizione penale l'unico rimedio a livello costituzionale sarebbe quello di sollevare questione di costituzionalità della disposizione in questione per contrasto col principio di legalità *sub specie* di tassatività perché il giudice penale, mediante l'analogia, avrebbe evidentemente usurpato un potere riservato al legislatore.

costituzionalità ad opera del *Bundesverfassungsgericht*, del cosiddetto illecito interpretativo commesso dai giudici ordinari⁹⁹. La soluzione così prospettata senz'altro affascina anche se si presta a qualche "inconveniente". Qualora la Corte adottasse una sentenza interpretativa di accoglimento con cui elimina dall'ordinamento il diritto vivente valutato come il risultato di un procedimento analogico, non tutti i problemi potrebbero dirsi infatti risolti.

Se dopo aver dichiarato incostituzionale il diritto vivente a quel punto indicasse anche l'interpretazione corretta, ovvero quella conforme a Costituzione in quanto non analogica, la Corte in buona sostanza non farebbe altro che usurpare un potere che per Costituzione compete ad altro organo¹⁰⁰.

Se, invece, dopo aver dichiarato incostituzionale il diritto vivente non offrisse al contempo indicazioni in merito all'interpretazione corretta in quanto conforme a Costituzione, la Corte non usurperebbe certamente poteri che non le spettano, ma la decisione emessa avrebbe una scarsa efficacia pratica.

Questo si sostiene perché in assenza di indicazioni precise da parte del Giudice delle leggi la giurisprudenza – ivi compresa quella di legittimità – sarebbe, come non a caso insegna l'esperienza tedesca¹⁰¹, molto probabilmente indotta a «minimizzare la portata della decisione della Corte costituzionale»¹⁰²: in teoria nulla infatti vieterebbe ai giudici comuni ed in particolare alla Cassazione di trarre dalla disposizione una norma che, pur essendo diversa dal diritto vivente dichiarato incostituzionale in quanto valutato come analogico, è però ugualmente la risultante di un procedimento analogico.

Tuttavia questo "inconveniente" non sembra insuperabile.

Infatti la "nuova" norma tratta dalla disposizione potrebbe essere portata anch'essa al vaglio della Corte costituzionale dal giudice che si trovasse a doverla applicare: questo si sostiene in quanto anche tale norma è frutto, come quella "vecchia" già annullata, di un'operazione di tipo analogico.

3.2. La problematica distinzione fra l'interpretazione estensiva e l'analogia a sfavore del reo nel secondo "volto".

La seconda ragione che induce una *communis opinio* dottrinale ad osservare come il secondo "volto" del divieto di analogia a sfavore del reo continui a costituire in pratica un argine piuttosto debole nei riguardi degli eventuali arbitrii del potere giudiziario è individuata nel non sempre certo *discrimen* fra interpretazione estensiva, da qualche autore definita come analogia interna, ed analogia¹⁰³, qualificata da taluno quale analogia esterna per distinguerla dall'altra¹⁰⁴.

⁹⁹ Per maggiori ragguagli sulla giurisprudenza del *BverfGE* in materia cfr. A. NISCO, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Arch. pen.* (web) 21 novembre 2017, 28 ss., partic. 31.

¹⁰⁰ ... senza contare che molto probabilmente la pronuncia non sarebbe nemmeno in grado di vincolare, attraverso l'indicazione dell'interpretazione corretta in quanto non analogica, i giudici comuni se è vero che «nessun'altra autorità che non sia quella puramente di fatto che è propria dei meri precedenti giurisprudenziali può avere, rispetto agli altri giudizi (costituzionali e comuni), in cui venga in questione il testo legislativo di cui trattasi, l'interpretazione... data dalla Corte a quel testo»: così M. PORZIO, *Norme penali incostituzionali e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Roma 1966, 16-17.

¹⁰¹ Sul punto per maggiori approfondimenti vedansi l'Autore e l'opera indicati nella nota appena successiva.

¹⁰² Così F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 188, secondo il quale «le... chances di determinare una reale modificazione del "diritto vivente", nel senso di una riduzione dell'area del penalmente rilevante, appaiono complessivamente ridotte».

¹⁰³ È appena il caso di ricordare che l'analogia va distinta non solo – come diremo poco oltre sopra nel testo – dall'interpretazione estensiva, ma anche dall'interpretazione additiva: quest'ultima si ha, ad esempio, nel caso famoso della violazione di domicilio che come reato si concreta solo se c'è una volontà contraria – espressa o tacita – di chi ha il diritto di escludere altri dal domicilio ed una precisa condotta – l'introduzione nell'altrui domicilio – dell'autore del reato. Orbene la giurisprudenza ha creato la fattispecie della violazione di domicilio per dissenso presunto affermando

Benché soprattutto in passato nel campo penale alcuni commentatori abbiano negato ogni differenza concettuale fra interpretazione estensiva ed analogia sulla base dell'osservazione che si tratta di una distinzione «creata artificiosamente»¹⁰⁵, attualmente pressoché la quasi totalità della dottrina ritiene che la distinzione fra le due «resta salva e doverosa»¹⁰⁶. Dalla distinzione in esame discendono conseguenze degne di rilievo: risulta infatti del tutto minoritaria la tesi secondo cui tanto l'interpretazione estensiva quanto l'analogia, pur se concettualmente non equiparabili, devono però essere considerate entrambe vietate nel settore penale. Questa tesi è sostenuta sulla base del seguente argomento: poiché l'art. 1 cod. pen. stabilisce che nessuno può essere punito per un fatto che non sia qualificato *espressamente* come reato dalla legge, questo implicherebbe orientare gli interpreti verso quell'interpretazione – cosiddetta restrittiva – che restringe il significato di una disposizione penale rispetto al senso ordinario delle parole¹⁰⁷. In altri termini, le disposizioni incriminatrici dovrebbero essere ritenute, propriamente, norme “eccezionali”, ovvero «da interpretarsi dunque in senso strettamente “letterale”»¹⁰⁸: ne conseguirebbe, in conclusione, che, se il divieto penalmente sanzionato rappresenta l'eccezione alla regola costituita dal primato della libertà, diviene difficile giustificare la “dilatazione interpretativa” dell'intervento punitivo perché il risultato a cui conducono sia l'analogia sia l'interpretazione estensiva consiste «nell'ampliamento delle possibilità di punizione offerte dal singolo tipo normativo»¹⁰⁹.

che ricorre il reato tutte le volte in cui è possibile ritenere ragionevolmente che il soggetto avrebbe dissentito se avesse conosciuto gli scopi per il cui perseguimento l'autore si è introdotto nel domicilio. Qui, oltre a non esserci interpretazione – perché i giudici prescindono dall'utilizzo di ogni tipo di argomentazione letterale, sistematica, teleologica ecc... –, non c'è neppure analogia perché i giudici non ragionano argomentando per similitudine, ma aggiungono un elemento ulteriore alla fattispecie normativa ampliandone il campo d'applicazione. In tema cfr. G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, cit., 66 ss., secondo il quale «l'interpretazione additiva non solo è infedele, nel senso che non rispetta il principio di legalità ed il divieto di analogia; non solo, ancora, è pericolosa, anche là dove sia animata dalle migliori intenzioni, perché rischia di sovrapporre agli obiettivi di politica criminale individuati dall'organo legislativo le scelte di una politica giudiziaria che, al limite, può risultare perfino alternativa rispetto a quella del legislatore; ma è, soprattutto, dannosa per l'impiego, cui inevitabilmente conduce, di sanzioni inadeguate o per difetto o per eccesso, rispetto alla valutazione che dal punto di vista sociale può essere fatta delle situazioni che vengono ad essere criminalizzate, attraverso la creazione, per via interpretativa, delle nuove fattispecie» (pp. 72-73).

¹⁰⁴ La terminologia è impiegata da O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 276 [«l'analogia vietata... è... quella che gioca fuori dell'area semantica delle parole (potremmo chiamarla *analogia esterna alla fattispecie*). Consentita è invece l'analogia *interna* (alla fattispecie): l'analogia che gioca dal di dentro...»] e, fra i contributi più recenti, da L. BARILE, *Appropriazione indebita di file informatiche: tra interpretazione estensiva e divieto di analogia il diritto penale è 'cosa mobile'*. Nota a Cass., Sez. II, 7 novembre 2019 (dep. 10 aprile 2020), n. 11959, Pres. Cammino, Rel. Di Paola, in *Sistema Penale* 19 marzo 2021, 144-145.

¹⁰⁵ Così N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, 145-146. In tema cfr. anche A. ROSS, *On Law and Justice*, London 1958, traduz. it. di G. Gavazzi, *Diritto e Giustizia*, Torino 1965, 141, a detta del quale «interpretazione estensiva (od analogia) si ha quando considerazioni pragmatiche conducono all'applicazione della norma a situazioni che, alla luce del significato linguistico naturale, cadrebbero sicuramente fuori dal suo campo di riferimento» (con corsivo nostro); sulla stessa lunghezza d'onda cfr. altresì E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano 1971, 277 ss.

¹⁰⁶ Così G. VASSALLI, *Analogia nel sistema penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino 1987, 160.

¹⁰⁷ Cfr. R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale - Art. 10-15*, Bologna-Roma 1974, 295, 298 e 300-301; R. GUASTINI, *Interpretazione. I) Interpretazione dei documenti normativi*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXVII, Roma 1989, 7.

¹⁰⁸ Così M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Arch. pen.* (web) 22 febbraio 2017, 19, secondo il quale, qualora si optasse per un'interpretazione restrittiva dei diritti di libertà, «alla fine – anche cioè ritenendo che l'interpretazione abbia natura meramente “ricognitiva” (= “riconoscitiva”) del significato della legge – lo stesso “confine” tra il “lecito” e l’“illecito” penale... sarebbe comunque rimesso, già a monte, al potere “interpretativo” del giudice, ossia, in sostanza, al suo assoluto “arbitrio”».

¹⁰⁹ Così N. MAZZACUVA, *Intervento*, in *Opinioni a confronto*, cit., 367. Sulla stessa lunghezza d'onda cfr. anche V. VELLUZZI, *Intervento*, in *Opinioni a confronto*, cit., 378, il quale sostiene che, «se si intende la legalità penale in senso stretto o strettissimo, la norma di chiusura del microsistema penale per cui (si perdoni la semplificazione) “tutto ciò che non è penalmente rilevante è consentito” andrebbe integrata con le seguenti parole: “in caso di dubbio se un comportamento sia riconducibile ai significati possibili, bisogna preferire un esito interpretativo favorevole all'irrelevanza penale del comportamento”. La legalità penale così configurata funge da criterio meta-interpretativo per

La tesi in questione si fonda sul postulato secondo cui, tanto quanto il procedimento analogico, anche l'interpretazione estensiva si allontana da quel criterio che fra le diverse interpretazioni possibili impone di scegliere quella più rispettosa del diritto penale come *extrema ratio*¹¹⁰.

Si tratta di quel criterio antichissimo¹¹¹ che la dottrina e la giurisprudenza statunitensi conoscono sotto il nome di *rule of lenity*: quest'ultima altro non è che la regola ermeneutica che «esprime la ricaduta esegetica del principio assiologico del *favor rei*»¹¹² atteso che in base ad essa l'ambiguità della disposizione non deve mai condurre a risultati interpretativi sfavorevoli per il cittadino¹¹³.

In realtà, la stragrande maggioranza dei commentatori demolisce proprio tale postulato e continua pertanto a ritenere che l'interpretazione estensiva, al contrario dell'analogia, sia ammissibile nel campo penale: è questo l'orientamento anche della giurisprudenza con particolare riferimento sia a quella di legittimità¹¹⁴ sia a quella della Corte costituzionale¹¹⁵.

Si sostiene così che «il *favor rei* è un criterio di valutazione delle prove, non un criterio d'interpretazione»¹¹⁶: insomma, il criterio dell'*extrema ratio* può assurgere a criterio guida dell'attività legislativa nella misura in cui preclude criminalizzazioni sproporzionate rispetto al contenuto offensivo della condotta o non sufficientemente giustificate sul piano dell'utilità, ma nel

risolvere le questioni interpretative dubbie, ovvero le questioni sul se un certo esito sia interpretativo o non lo sia. Anche da non periti del diritto penale l'adozione della prospettiva della legalità penale in senso stretto o strettissimo pare in sintonia con il dato normativo vigente (in particolare con l'art. 1 c.p. e 25, comma 2, cost.); M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 713, il quale rileva che l'obbligo dell'interpretazione restrittiva costituisce «il giusto e coerente completamento, sul piano dell'interpretazione del diritto, del principio che, sul piano dell'interpretazione del fatto, suona nei termini antichi per cui il giudice deve risolversi, nei casi dubbii, a favore del reo (“*in dubio pro reo*”) ovvero, più modernamente, deve poter affermare la responsabilità dell'imputato soltanto quando essa sia provata oltre ogni ragionevole dubbio»; fra gli ultimi A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 413-414, nonché G. TUZET, *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma 2020, 71.

¹¹⁰ Cfr. in tal senso G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 89 e 105, i quali sostengono il proprio pensiero alla luce dei principi di sussidiarietà, di meritevolezza di pena e di frammentarietà e precisano altresì che l'interpretazione estensiva «quale interpretazione “teleologicamente” orientata... nel porre in relazione un comportamento con il significato di una norma procede per somiglianze, parziali concordanze e discordanze, onde è sempre latente il rischio di ricadere in un giudizio analogico mascherato». Gli Autori ribadiscono il concetto più recentemente in *Diritto penale*, Parte Generale, Bologna 2019, 122-123.

¹¹¹ Come osserva A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton (NJ) 1997, 29, «the rule of lenity is almost as old as the common law itself, so I suppose that is validated by sheer antiquity»; anche Justice Clarence Thomas nella sua *concurring opinion* in *Johnson v. United States*, 135 S. Ct. 2551, 2567 (2015), può osservare che “this rule of construction – better known today as the rule of lenity – first emerged in 16th century England”.

¹¹² Così F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in [Sistema Penale](#) 10 aprile 2020, 39.

¹¹³ Per approfondimenti sulla *rule of lenity* cfr. A. SCALIA - B. GARNER, *Reading Law: the Interpretation of Legal Texts*, St. Paul (Minn.) 2012, 296-302; A.R. GLUCK - R.A. POSNER, *Statutory Interpretation on the Bench: A Survey of Forty-Two Judges on the Federal Courts of Appeals*, in *Harvard Law Rev.* (vol. 131) 2018, 1298 ss., partic. 1300 ss.

¹¹⁴ Sull'ammissibilità ed anzi sulla doverosità della distinzione fra interpretazione estensiva – consentita – e analogia – vietata – nella giurisprudenza di legittimità cfr. limpidamente, fra le tante, Cass. pen., Sez. II, sent. 29 marzo 2019, n. 13795, nonché Cass. pen., Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959 e Cass., Sez. Un. pen., 17 marzo 2021, n. 10831.

¹¹⁵ Cfr. le [sentt. n. 27 del 1961](#) e [n. 79 del 1982](#) in cui si trova scritto che “spesso le norme penali si limitano a una descrizione sommaria o all'uso di espressioni meramente indicative... In taluni casi le norme si avvalgono anche di indicazioni estensive..., in altri di indicazioni esemplificative, più o meno numerose. E in siffatte evenienze è compito dell'interprete attuare il procedimento ordinario di interpretazione anche se diretto ad operare la inserzione di un caso in una fattispecie molto ampia e di non agevole delimitazione” (con corsivo nostro).

¹¹⁶ Così D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino 2005, 167-168, secondo il quale «che senso avrebbe il vincolare l'interprete all'alternativa ermeneutica più restrittiva, quando la volontà storica del legislatore, o la *ratio legis*, o ragioni di coerenza sistematica o teleologica suggerirebbero di attribuire alla fattispecie un ambito più ampio, pur sempre compatibile con il linguaggio legislativo?»: l'A. conclude nel senso che «divieti pertinenti al momento interpretativo sono una ricorrente tentazione di legislatori, preoccupati di salvaguardare il proprio lavoro dalla *verbositas* e dalle *contrariae sententiae* dei commentatori. Si tratta di un'illusione, sempre fallita e destinata a fallire». In senso conforme cfr., più di recente, F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *Dir. pen. cont.* (Riv. trim.) 14 febbraio 2014, 175.

momento dell'interpretazione quel criterio non è in grado di svolgere un ruolo realmente euristico dei significati normativi¹¹⁷.

Addirittura i sostenitori dell'interpretazione estensiva rilevano come essa debba essere ritenuta non solo legittima ed in taluni casi forse «doverosa»¹¹⁸, ma anche utile al fine di rispondere rapidamente al mutare delle circostanze sociali, economiche e tecnologiche in cui operano individui ed organizzazioni: questo sostengono sia per l'impossibilità di prevedere gli sviluppi di certe situazioni o tecnologie, sia anche perché a causa di semplici sviste il legislatore non sempre riesce ad indicare espressamente tutte le condotte a cui associa un disvalore sociale e una legittima sanzione penale¹¹⁹.

Si osserva che dopotutto nel diritto penale il principio generale è quello del divieto di interpretazioni non solo *contra legem*, ma anche semplicemente *praeter legem* per ciò che concerne almeno le disposizioni incriminatrici: infatti un'interpretazione *praeter legem* conduce all'applicazione della legge penale oltre i casi da essa abbracciati e dunque ad una sua applicazione analogica.

Tuttavia anche nel diritto penale non è dubbia la legittimità di interpretazioni *secundum legem*, ossia estensive in quanto compatibili con il dato letterale della legge penale anche se non vincolate dal dato letterale stesso¹²⁰: d'altra parte, se l'interpretazione estensiva fosse da ritenere vietata e l'unica interpretazione ammissibile fosse quella strettamente letterale, si addiverrebbe ad una conclusione «difficilmente sostenibile» perché, «a parte altre considerazioni, renderebbe indecidibili tutti i casi non rari nei quali l'interpretazione letterale non è univoca e si apre ad una alternativa di diversi significati»¹²¹.

Una volta dunque dimostrata la distinzione fra interpretazione estensiva ed analogia e posto inoltre che si tratta di una distinzione di notevole importanza in considerazione dell'ammissibilità

¹¹⁷ In questi termini si esprime F.C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., 361, secondo il quale il *favor libertatis* può essere un criterio dotato di capacità operativa a livello legislativo richiamando il legislatore sulle conseguenze negative che la penalizzazione totale può produrre sul versante della libertà di azione dei cittadini, ma, una volta che la disposizione sia stata formulata, la sua interpretazione non può prescindere dalla *ratio* complessiva dell'incriminazione e quindi dalle specifiche esigenze di tutela per le quali essa è stata approvata.

¹¹⁸ In tal senso si esprime G. CONTENUTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, Napoli 1991, 8, secondo il quale l'interpretazione estensiva è doverosa per alcune disposizioni perché «a causa della loro imperfetta formulazione linguistica, essa è l'unica interpretazione corretta, e, dunque, l'unica interpretazione, *tout court*».

¹¹⁹ Sottolinea bene questa posizione dottrinale G. TUZET, *Analogia e ragionamento giuridico*, cit., 43-44, al quale si rimanda peraltro per una chiara delimitazione anche dell'opinione opposta, ovvero di quella in virtù della quale l'interpretazione estensiva è uno stratagemma al fine di ovviare al divieto di analogia usando un nome diverso per la stessa operazione di fondo ed estendendo illegittimamente l'intervento sanzionatorio dello Stato o comunque e nella migliore delle ipotesi altro non è che un modo discutibile di far prevalere le esigenze di difesa sociale su quelle garantistiche.

¹²⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, cit., 15-16.

¹²¹ Entrambe le ultime citazioni sono tratte dalle pagine di G. CARCATERRA, *Intervento*, cit., 349.

È stato anche sostenuto che l'interpretazione estensiva non è a ben guardare neanche «una forma specifica di interpretazione, ma è un risultato della interpretazione stessa, in dipendenza del fatto che il risultato di un corretto procedimento esegetico ha, in un caso particolare, una portata più vasta di quello che si poteva pensare a una prima sommaria indagine (attraverso il momento letterale della interpretazione). Negarne la validità significherebbe, in questi casi, vietare la interpretazione corretta per privilegiare una interpretazione superficiale»: così A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, 441, secondo il quale «un divieto di interpretazione estensiva avrebbe una efficacia pressoché nulla sul diritto vivente».

Peculiare l'opinione espressa, invece, da F. MODUGNO, *L'analogia nella logica del diritto*, in [Rivista AIC](#) 15 dicembre 2010, 17-18, secondo il quale «una differenza tra interpretazione estensiva e analogia è... indubitabile per ciò che concerne la struttura delle due operazioni. Nell'interpretazione di un enunciato (disposizione) si muove da questo al fine di ascrivergli un significato (la norma) esprimibile in un (ulteriore) enunciato interpretativo (per la intrascendibilità del linguaggio); nell'analogia si muove invece dalla norma (dall'enunciato interpretativo) al fine di ottenere una "nuova" norma applicabile al caso. Per ciò che concerne invece la funzione (unitaria) una distinzione è impossibile, perché entrambe le operazioni sono rivolte al rinvenimento di una norma applicabile al caso concreto, superando comunque la lettera dell'enunciato normativo ed operando una "estensione" rispettivamente dell'enunciato normativo o dell'enunciato interpretativo».

della prima contrariamente alla seconda, si pone la *quaestio* della difficoltà di operare una tale distinzione, come da sempre avvertito in dottrina¹²².

In linea puramente teorica siffatta distinzione può essere delineata senza particolari problemi.

Limitandoci a ricordare talune autorevoli opinioni in argomento, alcuni autori hanno rilevato che l'analogia estende la disciplina di una norma esistente ad un caso non previsto ma simile a quello regolato dalla norma esistente, mentre l'interpretazione estensiva estende «una o più parole della norma che esiste a tutti i casi, *non simili, ma eguali*, previsti nella norma stessa»¹²³.

Altri commentatori hanno sostenuto che, mentre nell'interpretazione estensiva il caso in esame rientra nell'ipotesi astratta configurata dal legislatore sia pure attribuendo alle parole contenute nella legge un significato più ampio di quello che risulta apparentemente da esse, nell'analogia il caso da decidere non può in alcun modo essere ricompreso nella disposizione per quanto l'interprete possa dilatarla «fino al limite della sua massima espansione»¹²⁴.

Altri studiosi ancora hanno sostenuto che l'interpretazione estensiva si muove in quell'area di incertezza contenuta comunque entro i limiti degli usi linguistici comuni e consentiti, mentre l'analogia opera dichiaratamente oltre tali limiti «consentendo alla ratio legis di dispiegarsi al di là della “gabbia” costituita dalla fattispecie»¹²⁵.

Si è detto inoltre che interpretazione estensiva si ha quando sotto l'espressione letterale della singola disposizione di legge si cela un contenuto più ampio che, per quanto non chiaramente enunciato, vi è incluso, mentre il ricorso all'analogia si ha quando si risale da una norma espressa ad un principio in essa contenuto e «dal quale è dato ridiscendere alla formulazione di una norma inespressa, quella che appunto contiene la regola del caso “analogo” a quello espressamente disciplinato»¹²⁶.

È stato poi affermato che, mentre nell'interpretazione estensiva è una norma che viene desunta dal testo quella che viene applicata anche ad ipotesi non previste, nell'analogia dalle norme vigenti si estrae una norma ulteriore per il caso non previsto e così si integra l'ordinamento con una norma fino a quel momento mancante: in definitiva, «l'interpretazione estensiva... si colloca ad uno stadio precedente a quello dell'integrazione analogica: l'analogia opera come norma di riconoscimento, che permette all'interprete di attingere, come da un serbatoio, dalle norme vigenti, per ricercare la norma mancante per il caso non previsto»¹²⁷.

Se dunque sul piano teorico la distinzione fra interpretazione estensiva ed analogia risulta delineabile, quella medesima distinzione può diventare molto problematica per non dire difficilissima allorquando dal piano teorico ci si sposta sul versante pratico.

Su quest'ultimo versante non si può non constatare che la distinzione in esame soltanto in certi casi risulta agevole.

Il riferimento è a quelle disposizioni penali in cui sono contenute espressioni linguistiche il cui accertamento non passa per alcuna valutazione discrezionale da parte dei consociati, ovvero i cosiddetti elementi rigidi intesi come quegli elementi che «esprimono concetti... con un unico confine e che, perciò, rendono possibile un giudizio sicuro circa l'appartenenza o meno di un'ipotesi concreta al concetto»¹²⁸.

¹²² Cfr. perlomeno i classici studi di N. BOBBIO, *L'analogia e il diritto penale*, in *Riv. pen.* 1938, 139 ss., di M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus* 1941, 516 ss. e di L. CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, partic. 353-354 e 357.

¹²³ Così G. BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, Milano 1975 (rist. inalter.), 97.

¹²⁴ Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, dodicesima edizione aggiornata e integrata da L. Conti, Milano 1991, 86; in senso contrario a questa definizione dell'Antolisei cfr. M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, 112, secondo il quale sostenere che l'analogia è un “uscire” dalla norma per l'impossibilità di ricomprendere il caso dentro la norma per quanto se ne allarghi il significato fino alla sua massima estensione presenta il problema di determinare quando effettivamente si possa dire che il significato di una norma sia stato esteso fino alla sua massima espansione.

¹²⁵ F.C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., 363.

¹²⁶ Così G. VASSALLI, *Analogia nel sistema penale*, cit., 159.

¹²⁷ Così A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna 2018, 81.

¹²⁸ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte Generale, Padova 1992, 102.

Si allude in primo luogo agli elementi descrittivi di tipo numerico: si pensi alle “cinque o più” persone di cui all’art. 112, comma 1, n. 1) cod. pen. in tema di circostanze aggravanti laddove è evidente che tale espressione linguistica è tale, di per se stessa, da azzerare la libertà interpretativa dell’interprete.

Si allude in secondo luogo anche agli elementi descrittivi di tipo naturalistico: si tratta, più in particolare, di quegli elementi che fanno immediato riferimento ad una realtà di natura individuabile *con sicurezza* attraverso l’esperienza comune¹²⁹.

A quest’ultimo proposito è particolarmente emblematico un esempio addotto in dottrina da due autorevoli commentatori¹³⁰.

L’esempio è quello di una disposizione che, muovendo dal presupposto secondo cui i quadrupedi possono recare molestie e disturbo alle persone, vieta di introdurli in determinati luoghi: è applicabile però la disposizione sopra riferita allo struzzo che è un bipede e che tuttavia a causa delle sue dimensioni e della sua selvatichezza può arrecare non minori molestie rispetto ai quadrupedi o perlomeno a certi quadrupedi come i cagnolini da salotto?

La lettera della disposizione segna uno sbarramento insuperabile all’inclusione del caso dello struzzo nella previsione normativa perché in tutti i suoi possibili significati l’espressione quadrupede non può includere gli animali con due sole zampe.

Se si rimane quindi sul piano dell’interpretazione ancorché estensiva, la disposizione non è applicabile allo struzzo perché la disposizione parla di quadrupedi e dunque essa non può applicarsi ai bipedi; se invece si supera il limite segnato dalla lettera della disposizione e quindi si fuoriesce dall’interpretazione estensiva, allora la *ratio* del divieto di portare quadrupedi in determinati luoghi risiede nell’esigenza di proteggere uomini e oggetti dalle molestie e dai danni potenzialmente causati da tali animali: poiché un bipede come lo struzzo è simile ad un quadrupede quanto a capacità di essere fonte di molestie e di danni, ne segue che il divieto espressamente enunciato per i quadrupedi può essere applicato per analogia anche ai bipedi.

Le due conclusioni sono entrambe logicamente ineccepibili, ragion per cui non è la logica, ma è solo il principio di legalità, fortemente connesso con le sottostanti esigenze di garanzia del cittadino, che impone al giudice penale di attenersi rigorosamente al significato letterale della disposizione vietando allo stesso di estenderne la disciplina per analogia.

L’esempio appena addotto comprova come risulti estremamente facile poter distinguere l’analogia dall’interpretazione estensiva qualora nella disposizione penale sia contenuto un elemento naturalistico che fa immediato riferimento ad una realtà di natura – qual è quella del quadrupede¹³¹ – individuabile con sicurezza attraverso l’esperienza comune¹³².

¹²⁹ Per dirla con E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, cit., 74, si tratta di quegli elementi che possono essere ritenuti «capaci di esprimere un significato semantico abbastanza chiuso, dal campo di applicazione non esorbitante né imprevedibile».

¹³⁰ L’esempio – già a suo tempo addotto da K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, ediz. it. a cura di A. Baratta, Milano 1970, 235-236, il quale a p. 238 portava anche l’esempio del § 46 StGB che assicura l’esenzione da pena al “soggetto agente” nell’ipotesi di desistenza volontaria dal tentativo e che fa sorgere la questione se secondo il senso letterale possa comprendersi nell’espressione “soggetto agente” anche un compartecipe (come, per esempio, un istigatore od un correo) e concludeva così che «indubbiamente... il confine fra interpretazione da un lato (in specie interpretazione estensiva) e analogia dall’altro è fluido» – è rinvenibile in G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 171.

¹³¹ Un altro esempio riguardante un elemento naturalistico che fa immediato riferimento ad una realtà di natura individuabile con sicurezza attraverso l’esperienza comune potrebbe essere quello dell’espressione libri osceni nella quale è costituzionalmente legittimo includere i ciclostilati ricorrendo all’interpretazione estensiva, mentre non lo è applicare ai dischi osceni la disciplina prevista per i libri osceni perché si tratterebbe di un’operazione analogica: l’esempio è portato da R. GUASTINI, *Interpretazione*, cit., 7.

¹³² Ed infatti in dottrina l’assunto è ampiamente condiviso: cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 1993, 31, che discorre del divieto di analogia come dello sbarramento esterno della fattispecie; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 119, il quale osserva che sussiste «un qualche *nucleo* formato dal diritto scritto (o ricavato da esso), nel quale va ravvisato il limite estremo delle ricostruzioni interpretative»; G. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 1254 ss., il quale ricorda l’emblematico ammonimento dell’Hassemer secondo il quale l’analogia vietata inizia dove finisce l’effettivo significato

In tutti i casi in cui la disposizione penale non incorpori però elementi numerici o naturalistici individuabili con certezza mediante l'esperienza comune diventa molto più difficile nei fatti delineare quella distinzione, che, in altri termini, risulta disagevolmente tracciabile allorché il legislatore penale inserisce nella disposizione espressioni linguistiche poco precise e poco determinate.

3.3. Il rapporto fra la linea di confine esistente tra l'interpretazione estensiva e l'analogia da un lato e il grado di determinatezza delle espressioni linguistiche utilizzate dal legislatore penale dall'altro.

Ad avviso di chi scrive è proprio quest'ultimo il profilo più spinoso di tutta la questione, quello inerente il rapporto che intercorre fra i seguenti due "livelli": da una parte il "livello" di difficoltà di tracciare nella prassi la linea di confine che esiste tra l'interpretazione estensiva e l'analogia in riferimento a certe espressioni linguistiche inserite in talune disposizioni penali; dall'altra parte il "livello" di determinatezza delle espressioni linguistiche utilizzate ad opera del legislatore penale.

Questo rapporto presenta "inconvenienti" quando ci si imbatte nei cosiddetti «casi difficili»¹³³, ovvero in espressioni linguistiche, come appena specificato, connotate da una certa indeterminatezza o comunque caratterizzate da un grado di indeterminatezza assai maggiore di altre espressioni linguistiche più chiare e più precise *ab origine* nella loro formulazione¹³⁴: si pensi

delle parole; O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo. Il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale (A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro)*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)* 2015, n. 2, 12, la quale rileva che «la lettera della legge è il punto di partenza e nel contempo resta il limite invalicabile dell'interpretazione»; D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI e C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 664, secondo cui «può essere difficile (talora impossibile) dire quale sia la migliore interpretazione di un testo, ma se il testo significa qualcosa è sempre possibile escludere talune interpretazioni, come sicuramente sbagliate»; F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema dell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI e C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 533-534, il quale osserva che «l'argine del linguaggio – del testo – è necessario perché in sua assenza il bisogno di tutela espresso dalla realtà dei fatti concreti – con le loro vittime in carne ed ossa, con i sentimenti di giustizia e di vendetta che montano, con l'indignazione degli onesti – finirebbe molto probabilmente per compromettere la necessaria frammentarietà del diritto penale. Senza l'argine del linguaggio, sarebbe davvero difficile resistere all'inarrestabile bisogno di tutela, con la conseguenza che di analogia in analogia il diritto penale finirebbe per estendere la sua ragnatela, anzi la sua pesante cappa di piombo, sulla società uccidendo libertà individuale e vitalità sociale»; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, cit., 7-8, secondo il quale «nessuna deriva scettica – e forse nessuna *Freirechtslehre* – può giungere a sopraffare il ragionevole "significato letterale" della legge, che del resto rappresenta l'unico diaframma in grado di "smascherare" ricostruzioni analogiche. Il testo non può essere liquefatto nel contesto, o aggirato attraverso una ottimizzazione della *ratio legis*, ed ogni esperimento ermeneutico deve arrestarsi – per riprendere una felice metafora di Natalino Irti – ai "cancelli delle parole", giacché in ciascuna fattispecie è possibile e doveroso rintracciare un "carapace semantico" che nessuna interpretazione può perforare, se non al prezzo di trasformarsi in "normazione alternativa" o "creazionismo giuridico": dando vita, in definitiva, ad un surrettizio *declaratory power*, che conta in ogni stagione esempi tanto noti quanto discussi... e che non è solo antagonismo alla legge, ma ribellione alla Costituzione; frutto di autoritarismo, in definitiva, ancorché "ben intenzionato"; A. TESAURO, *Interpretazione convenzionalmente conforme e bilanciamento. Un'appendice*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)* 2020, n. 4, 21, secondo il quale il vincolo al testo costituisce un «limite strutturale».

¹³³ La terminologia è impiegata da O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 280, secondo la quale casi difficili sono quelli «per la cui soluzione non bastano sintassi e semantica, dovendo l'interprete elevarsi ad un secondo livello, e cioè ricorrere ad un approccio *pragmatico*, intendendosi per *pragmatica* lo studio delle relazioni fra segni e parlanti (coloro che ne fanno uso e coloro a cui sono indirizzati)».

¹³⁴ A dir la verità, potrebbe anche presentarsi l'eventualità in cui «il lavoro di erosione della giurisprudenza riesce a sfumare o rendere dai contorni incerti elementi tassativi di fattispecie»: così F. BRICOLA, *sub art. 25, commi 2 e 3*, cit., 264, il quale adduce a questo proposito l'esempio del furto che, malgrado la sua apparente tassatività, è stato reso incerto dalla giurisprudenza la quale ha svuotato fino alla completa obliterazione il dolo specifico del "fine di profitto", ha ritenuto integrata la fattispecie anche quando da parte dell'agente non c'è stato né "impossessamento" né

soltanto alle cosiddette clausole generali, ovvero a quei concetti elastici¹³⁵ o «formule onnicomprensive»¹³⁶ che costituiscono un pericolo per la certezza del diritto. Tali formule o concetti infatti consistono in «tranelli che il linguaggio... dissemina sulla strada del pensiero» e che, tuttavia, risultano «difficili da svelare, poiché... le prime difficoltà sorgono già al momento definitorio»¹³⁷: questo avviene proprio in quanto essi sono connotati da un peculiare coefficiente di vaghezza o di indeterminatezza quantitativamente maggiore e qualitativamente diverso rispetto a quello implicito in ogni enunciato normativo¹³⁸.

A comprova del fatto che in presenza di espressioni linguistiche del tipo di quello da ultimo indicato nella distinzione fra interpretazione estensiva ed analogia sono presenti «zone d'ombra»¹³⁹ che rendono assai difficile tratteggiarla¹⁴⁰, può senz'altro addursi il numero consistente di decisioni della Corte di Cassazione che non presentano una differenza sostanziale fra interpretazione estensiva ed analogia *in malam partem*¹⁴¹, ma appaiono come vere e proprie «forme di *cripto-*

«sottrazione» e ha assunto come concretata la fattispecie anche se non c'è «detenzione» della cosa da parte del soggetto passivo.

¹³⁵ Come è stato ben detto, è vero che i concetti elastici sono «organi respiratori» del sistema nel senso che adeguano costantemente la disciplina giuridica all'evoluzione della realtà sociale, ma «l'elasticità del parametro di valutazione richiamato dalla norma penale non può... non andare incontro a precisi limiti, pena il sacrificio del principio della tassatività della fattispecie»: così G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume. Profili penali, costituzionali e politico-criminali*, Padova 1984, 86.

¹³⁶ Così F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)* 2016, n. 3, 2; sui «concetti-valvola» che altro non rappresentano se non «mandati in bianco» all'interprete cfr. nella dottrina tedesca lo studio in proposito svolto da P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1914, partic. 314.

¹³⁷ Entrambe le ultime citazioni sono tratte da D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.* 14 novembre 2012, 3, il quale – a p. 2 nota 2 – definisce le clausole generali una ««delega» al legislatore mediante quella sorta di *biancosegno*, bisognoso di integrazione valutativa».

¹³⁸ In senso contrario cfr., invece, A. PAGLIARO, *Legge penale*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 1046-1047, il quale osserva che «la precisione descrittiva che conta per il diritto non è quella propria delle scienze naturali: è, piuttosto, quella del linguaggio comune che, appunto perché tale, è il linguaggio che meglio può esprimere il significato sociale di una condotta e, dunque, la sua rilevanza penale. Espressioni come «interessi o vantaggi usurari»... e «di notte in luogo abitato»... sono certo più valide a indicare il contenuto del fatto, di quanto non sarebbero state l'indicazione di un preciso tasso di interesse, la specificazione (del resto impossibile, da un punto di vista naturalistico) di tutti i «vantaggi» che possono essere considerati «usurari» e, rispettivamente, la fissazione di un coefficiente di abitazione o di un tempo dopo il tramonto del sole e prima del suo sorgere. Fin troppo facile è rilevare che un certo tasso di interesse o un certo vantaggio può, secondo le circostanze concrete, assumere carattere usurario oppure no: come, del resto, né il numero delle persone né il rapporto temporale con il tramonto del sole sarebbero elementi capaci di meglio determinare la pericolosità della condotta»; in senso conforme al Pagliaro cfr. M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino 1979, 132-133, secondo il quale «l'elemento c.d. «elastico» a carattere temporale o quantitativo, pur concedendo un ampio spazio interpretativo al giudice, assolve ad una funzione di tipicizzazione della fattispecie, e di graduazione della responsabilità penale dell'imputato. Si tratta, cioè, di situazioni da collocarsi agli antipodi di quelle viziate dall'indeterminatezza, in cui la mancanza di una precisa scelta legislativa inficia la ragionevolezza dell'esercizio della funzione».

¹³⁹ L'espressione è tratta da M. ROMANO, *sub art. 1*, in ID., *Commentario sistematico del codice penale - Art. 1-84*, Milano 2004, 48.

¹⁴⁰ Definisce la linea di demarcazione fra interpretazione estensiva ed analogia rispetto a certe fattispecie «elastiche» «sottile o impercettibile» F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 108; analogamente vedasi anche M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, cit., 153, secondo il quale «la prassi giurisprudenziale... appare assai propensa a presentare come esiti di una ammissibile interpretazione estensiva soluzioni che, viceversa, sembrano autentiche estensioni analogiche della norma. In ciò talvolta (ma non necessariamente sempre) agevolata dalla indeterminatezza dei segni linguistici utilizzati». In tema cfr. inoltre E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit., 97; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., 15-16; P. SCEVI, *L'interpretazione della legge penale*, cit., 32.

¹⁴¹ Il punto è sottolineato – anche attraverso vari esempi adottati al proposito – da D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionato dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia* 2016, 183-188, nonché, da ultimi, da G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 85-88. In tema cfr. altresì E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit., 96, il quale rileva che i rischi di applicazione mascherata dei procedimenti analogici derivano soprattutto dai «bassissimi standards tecnici che accompagnano la produzione legislativa degli ultimi anni»; M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 710-711, il quale adduce l'esempio molto emblematico del concorso esterno in associazione mafiosa ed osserva che «evidente è la ragione dell'affacciarsi dell'istanza estensiva, che sta nell'opportunità politico-criminale di colpire con la sanzione

analogia, o analogia occulta»¹⁴² in alcuni casi “nascoste nelle pieghe” dell’interpretazione eurounitariamente conforme¹⁴³ o dell’interpretazione convenzionalmente conforme¹⁴⁴.

Si consideri, come esempio particolarmente emblematico¹⁴⁵, l’espressione linguistica “prostituzione” inserita nel reato di favoreggiamento della prostituzione previsto dalla l. n. 75/1958 (legge Merlin)¹⁴⁶.

penale il fenomeno della contiguità mafiosa, riconoscibile nei comportamenti di coloro che, nell’ambito imprenditoriale, professionale, politico e giudiziario, pur essendo estranei al sodalizio e non condividendone gli scopi, sono disponibili, per ragioni di interesse personale o per compromissione ambientale, a compiere atti illeciti che ridondano a vantaggio dell’ente. La dilatazione dell’area del penalmente punibile fino a ricomprendere le condotte contigue è compiuta con lo strumento del concorso eventuale, in forza del quale si puniscono come se fossero di partecipazione all’associazione condotte non partecipative, ma simili a esse per il contributo al consolidamento sul territorio del potere mafioso» e conclude così – a p. 711 nota 32 – che «se la legge volesse realmente riaffermare il suo primato (costituzionalmente garantito) rispetto alla giurisprudenza dovrebbe avere la forza lucida e razionale di staccare le condotte di contiguità dall’ambigua nozione della concorsualità esterna, individuando specifiche e determinate figure di complicità favoreggiatrice, autonomamente punite, imperniate casisticamente sul materiale extrapositivo fornito dall’ormai amplissima esperienza criminologica»; G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Osservatorio AIC* giugno 2015, 9 ss., il quale ricorda il traffico di influenze illecite formalmente inserito nel nostro sistema penale solo con la legge n. 190/2012 all’art. 346-bis cod. pen., ma in realtà già prima considerato punibile dalla giurisprudenza tramite un’applicazione analogica del delitto di millantato credito di cui all’art. 346 cod. pen. in quanto secondo la Suprema Corte di Cassazione questa figura criminosa copriva non solo le ipotesi di relazioni millantate, ma anche quelle di relazioni esistenti tra un sedicente mediatore ed un pubblico ufficiale.

¹⁴² Così M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)* 2016, n. 3, 14, il quale rileva che il terreno di coltura più insidioso per questa cripto-analogia «rimane quello delle *clausole generali* e delle *fattispecie aperte*, poco tassative. Qui per definizione il legislatore apre all’analogia non avendo compiuto scelte politiche precise... Resta però vigente il dovere di un’interpretazione conforme al principio-regola della tassatività»: l’A. – a p. 13 nota 29 – ricorda vari casi in cui la Cassazione ha censurato sentenze di merito in nome del divieto di analogia *in malam partem*. In tema cfr. anche G. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, cit., 1268; A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, Parte Generale, Padova 2015, 168-169.

¹⁴³ Come ben osserva V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012, 68, il problema reale è quello di distinguere le interpretazioni estensive – nei confronti delle quali comunque la Corte di Lussemburgo (col conforto della Corte di Strasburgo) ha dimostrato un netto sfavore (cfr. per maggiori ragguagli V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 67 e *ivi* nota 193) – da «ipotesi di *criptoanalogia* paludate sotto un procedimento di interpretazione conforme»: l’A. adduce, come esempio emblematico, l’estensione della nozione di minore, attorno alla quale gravitano le fattispecie italiane che incriminano la pedopornografia, anche alle ipotesi del minore virtuale o del minore apparente facendo leva sulla definizione accolta in sede comunitaria; in questo caso l’interpretazione conforme alla fonte sovranazionale determina effetti sfavorevoli per il singolo e questo stride con il riparto di competenze posto che anche sul fronte dell’Unione europea i singoli Stati membri non hanno accettato alcuna limitazione di sovranità consistente nella possibilità diretta ed immediata da parte dell’Unione di fondare o di modificare i termini della responsabilità penale degli individui (per ulteriori osservazioni cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 58-59).

¹⁴⁴ Mentre è discusso in dottrina se costituisca un limite all’obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme il divieto di interpretazioni estensive della disposizione incriminatrice, nessuna discussione può insorgere sul divieto di operazioni analogiche pur se mosse dall’intento di assicurare la conformità rispetto agli obblighi di matrice convenzionale atteso che uno sbarramento insuperabile è costituito non solo dall’art. 25, comma 2 Cost., ma anche dall’art. 7 CEDU: in proposito cfr. V. NAPOLEONI, *L’onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019, 141 ss., partic. 152 e 159-162, il quale rileva che «potrebbe essere... predicabile – in ottica di prevenzione delle “criptoanalogie” – un criterio operativo... in base al quale, nei casi di dubbio circa la natura estensiva o analogica di una determinata soluzione ermeneutica, si dovrebbe optare per la seconda ipotesi e astenersi quindi dal praticare la soluzione stessa (*in dubio pro analogia et abstine*)» (p. 162).

¹⁴⁵ ... benché non sia certo l’unico. Si pensi soltanto alla contravvenzione del “Getto pericoloso di cose” di cui all’art. 674 cod. pen. che incrimina “chiunque getta... cose atte a... molestare persone”: ebbene in questa fattispecie può essere inclusa l’emissione di onde elettromagnetiche? In riferimento alla *quaestio* inerente il procedimento analogico e l’interpretazione estensiva la risposta cambia – come è comprovato dal famoso caso delle onde elettromagnetiche emesse dai ripetitori di Radio vaticana che costituivano una minaccia nei confronti di coloro i quali abitavano nei pressi – a seconda che si ritenga che l’espressione linguistica “cosa” abbracci soltanto gli oggetti tangibili o invece ricomprenda ogni possibile oggetto e che l’espressione linguistica “getto” possa essere estesa alle emissioni di

Si pensi soltanto a questo proposito all'“allargamento”, operato dalla Suprema Corte di Cassazione, della sfera di applicazione delle fattispecie, di cui a tale legge, relative allo sfruttamento e al favoreggiamento della prostituzione attraverso la ricomprensione nel “concetto” di prostituzione¹⁴⁷ anche dell'esibizione *on line*, dietro compenso, di atteggiamenti sessuali espliciti¹⁴⁸.

Questo ampliamento della sfera applicativa delle fattispecie di reato è qualificabile quale analogia?

La risposta sarebbe negativa qualora si ritenesse che il nucleo concettuale della prostituzione consiste soltanto nel mercimonio della propria sessualità ma non anche nel contatto fisico, il quale potrebbe essere ritenuto tutt'al più una «costante fattuale»¹⁴⁹.

Muovendo da questo presupposto, anche l'esibizione *on line*, dietro compenso, di atteggiamenti sessuali espliciti rientra nel “concetto” di prostituzione attraverso un'interpretazione estensiva.

La risposta sarebbe, invece, affermativa qualora si ritenesse che il “concetto” di prostituzione alla base delle disposizioni incriminatrici contenute nella legge Merlin presenta, sulla base di quanto sarebbe lecito evincere dalla «realtà testuale, contestuale e logica della legislazione»¹⁵⁰, un nucleo centrale indefettibile.

Si allude alla “dazione del proprio corpo” in cambio di denaro o comunque di un'altra utilità economica esplicita attraverso il compimento di atti sessuali nel significato che l'espressione, per quanto inevitabilmente anch'essa elastica, assume già nello stesso linguaggio comune: atti che si sostanziano nel necessario contatto fisico fra cliente e prostituta¹⁵¹.

Partendo da questo presupposto, l'estensione del “concetto” di prostituzione alle esibizioni sessuali *on line* è il frutto di un'operazione analogica¹⁵².

È evidente che il problema della difficoltà di distinguere analogia ed interpretazione estensiva nasce nella misura in cui il termine prostituzione è poco preciso e poco determinato: questo problema risulta senza dubbio molto serio se è vero che esso si è posto anche in altri ordinamenti giuridici presso i massimi organi giudiziari¹⁵³.

onde. Per un approfondimento in materia vedansi G. TUZET, *Analogia e ragionamento giuridico*, cit., 66-67; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 87.

¹⁴⁶ Come del resto è stato autorevolmente osservato più in generale sulle disposizioni penali di cui alla legge Merlin, esse «appaiono sotto l'aspetto tecnico... così infelicemente espresse che l'interprete non riesce a sottrarsi ad un senso di vero e proprio smarrimento. Si direbbe che le preoccupazioni di natura extragiuridica, nonché la fretta, abbiano fatto dimenticare i principi fondamentali che la scienza e la tecnica del diritto, con lunghi e faticosi sforzi, hanno elaborato per la formulazione delle leggi»: così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte Speciale, a cura di Luigi Conti, I, Milano 1996, 523.

¹⁴⁷ Sostiene A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rilievi interpretativi ipotizzabili. Osservazioni a margine di Corte App. Bari, Sez. III, ord. 6.2.2018, Pres. De Cillis, Est. Blattmann D'Amelj, ric. Tarantini e altri*, in *Dir. pen. cont.* 26 marzo 2018, 168, che tale “concetto” nel 1958 poteva forse presentare «vari caratteri tipici», ma che col passare degli anni e attualmente più che mai esso risulta del tutto vago e indecifrabile: l'A. osserva che nel 1958 «si sapeva bene cosa si dovesse intendere per prostituzione» perché tale “concetto” «richiedeva l'offerta indiscriminata e abituale del proprio corpo a fini sessuali da parte di una donna in cambio di un corrispettivo economico da parte dei clienti... il concetto era ben ricavabile dalla realtà sociale e anche dalle norme del TULPS vigenti fino all'entrata in vigore della legge del '58 (art. 190 ss.)». Sul punto cfr. altresì, volendo, per ulteriori ragguagli sul “concetto” di prostituzione e sulla sua possibile indeterminatezza A. BONOMI, *Il reato di favoreggiamento della prostituzione e la violazione del principio di determinatezza delle fattispecie criminose: davvero infondata la relativa questione di costituzionalità?*, in *Dir. e società* 2020, n. 3, 594-596 nota 36.

¹⁴⁸ Anche A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 68, adduce quale esempio esponenziale di come quando ci si allontana dal cuore della disposizione e ci si spinge nei sobborghi dei suoi lati estremi regni inevitabilmente l'incertezza proprio quello della prostituzione via *web cam*.

¹⁴⁹ Così O. DI GIOVINE, *Intervento*, in *Opinioni a confronto*, cit., 363, la quale ritiene che il contatto fisico fra prostituta e cliente sia un «accidente in senso aristotelico».

¹⁵⁰ Così G. CARCATERA, *Intervento*, cit., 354.

¹⁵¹ In tal senso cfr. N. MAZZACUVA, *Intervento*, cit., 373.

¹⁵² Questa è la conclusione a cui addiuvano G. CARCATERA, *Intervento*, cit., 355.

¹⁵³ Si pensi soltanto al caso *McBoyle v. United States*, 283 U.S. 25 (1931), deciso dalla Corte Suprema federale statunitense negli anni trenta del secolo scorso. In quel caso William McBoyle aveva trasportato dall'Illinois all'Oklahoma un aeroplano che sapeva essere stato rubato e fu accusato di aver violato una legge del 1919 che

La realtà è che anche una disposizione incriminatrice in cui sono contenute espressioni linguistiche precise e determinate ben può essere oggetto di un procedimento analogico, ma in riferimento ad una tale disposizione risulta agevole e comunque possibile distinguere l'interpretazione estensiva dall'analogia.

Tutto all'opposto quello che accade in ordine ad una disposizione incriminatrice in cui sono contenute espressioni linguistiche poco precise e poco determinate¹⁵⁴.

Da un lato, nonostante il parere contrario espresso da alcuni commentatori¹⁵⁵, tale disposizione può pure essa essere applicata per analogia¹⁵⁶ atteso che il giudice ben può essere "tentato" di

sanzionava penalmente il trasporto interstatale di veicoli rubati benché quella stessa legge non menzionasse espressamente gli aeroplani. La legge parlava di veicoli a motore e nella Sezione 2 indicava espressamente le automobili, i camion, gli autocarri a rimorchio e i motocicli aggiungendo poi che doveva essere ritenuto rientrante nella disciplina "qualsiasi altro veicolo semovente non progettato per andare sui binari". Al fine di assodare se gli aeroplani rientrassero nella categoria da ultimo indicata ci si chiese se essi rientrassero nel novero dei veicoli a motore e ci si chiese poi se essi non rientrassero nei veicoli semoventi non progettati per andare sui binari. La Corte nell'opinione redatta dal giudice Holmes, pur notando che non era impossibile usare il termine veicolo per riferirsi ad un aeroplano e che in altre leggi potevano notarsi usi siffatti, aggiungeva però che per il comune parlante il termine veicolo suscita l'idea di qualche cosa che si muove per terra, ragion per cui l'infelice clausola veicoli semoventi non progettati per andare sui binari doveva riferirsi ai veicoli terrestri. La Corte ne concluse che la disciplina non poteva essere estesa agli aeroplani sulla base di una somiglianza rilevante sotto il profilo della *policy* perseguita (cioè con un argomento analogico in base alla *ratio* dell'atto legislativo) e che neppure si poteva estendere agli aeroplani l'interpretazione della Sezione 2 speculando sul fatto che, se il legislatore avesse considerato un caso del genere, lo avrebbe ricompreso nella disciplina usando delle formule più ampie: insomma la Corte rigettò tanto un'estensione analogica quanto un'interpretazione estensiva della disciplina essendo l'ambito penale un contesto in cui per il principio di legalità e per la protezione della libertà personale è sommamente importante vincolare l'interpretazione delle disposizioni ai significati che i comuni parlanti vi attribuiscono. Eppure la Corte d'appello del decimo circuito appena un anno prima aveva ammesso l'interpretazione estensiva motivandola con dizionari, etimologie, supposte intenzioni legislative.

¹⁵⁴ Osserva S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, 30, che «in relazione a norme redatte con scarsa determinatezza... il rischio di un'applicazione poco tassativa è alto».

¹⁵⁵ Cfr. G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino 1994, 307, secondo il quale «l'analogia, il cui divieto rappresenta il perno della tassatività, è estranea all'indeterminatezza perché essa ha bisogno di precisi parametri a cui riferire la somiglianza di situazione e cioè la comunità di ratio tra norma espressa e norma inespressa. Anzi, la tendenza verso i concetti cosiddetti elastici o le "clausole generali" è proprio una tendenza che si contrappone all'analogia come un diverso modo per evadere dalla certezza del diritto verso aspirazioni di giustizia e di uguaglianza sostanziali... Usando le cosiddette clausole generali delle norme incriminatrici non si ha più alcun bisogno di alcun ricorso all'analogia, ci si libera – potremmo dire – con un sol tratto di penna da tutti i problemi che questa propone»; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 180, secondo i quali, qualora il legislatore abbia fatto ricorso a termini tanto vaghi ed elastici da consentire che la norma venga riempita di qualsiasi contenuto, «il giudice non è più soggetto alla legge e il divieto di analogia viene svuotato di ogni significato».

¹⁵⁶ Scrive a questo proposito F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 6-7, che è proprio la disposizione indeterminata quella la cui applicazione richiede da parte del giudice il ricorso al procedimento analogico perché la disposizione redatta in termini non sufficientemente chiari e precisi «comporta necessariamente, nel suo momento applicativo, l'utilizzazione del procedimento analogico. Tant'è che un espresso divieto di analogia può avere un reale significato solo in un ordinamento che bandisca disposizioni legislative redatte in termini indeterminati»: l'A. conclude osservando – alle pp. 13-14 – che possono ben esservi disposizioni redatte in termini precisi ed univoci, ma suscettibili di estensione analogica, così come sono immaginabili disposizioni non suscettibili di applicazione analogica ma dal contenuto problematico come potrebbe essere una fattispecie costruita mediante un'elencazione "chiusa" in cui però compaiono due termini fra loro contraddittori e chiarisce che, «se è indubbio che un obbligo costituzionale di determinatezza comporti necessariamente un divieto di analogia per il carattere – almeno secondo la prevalente dottrina – indeterminato del procedimento analogico, viceversa un obbligo costituzionale di tassatività, anche se costituisce un indizio decisivo per un conseguente obbligo di determinatezza, non lo implica necessariamente», ragion per cui la conclusione è che «il precetto di determinatezza... ricomprende quest'ultimo [quello di tassatività] ma in esso non si esaurisce». Più di recente anche A. LAURITO, *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del caso Taricco*, in *Arch. pen.* (web) 19 luglio 2017, 16, osserva che «tutte le disposizioni sono astrattamente suscettibili di estensione analogica...».

estendere l'ambito applicativo degli elementi indeterminati a dismisura, ovvero a tutti quei casi che possono essere identificati secondo un criterio di similitudine¹⁵⁷.

Tuttavia è doveroso specificare che, mentre il presupposto del procedimento analogico vero e proprio è una lacuna lasciata "inconsapevolmente" dal legislatore nel sistema, la ragione del procedimento analogico al quale conduce la disposizione indeterminata è una "consapevole" volontà legislativa di rinviare al giudice la regolamentazione in concreto dei casi¹⁵⁸.

Dall'altro lato la disposizione incriminatrice che incorpora espressioni linguistiche indeterminate è tale, per i motivi già illustrati in precedenza, che risulta difficilissima se non quasi impossibile l'operazione volta a distinguere fra interpretazione estensiva ed analogia¹⁵⁹.

È ben vero che il principio di determinatezza è svuotato di ogni significato laddove al giudice penale sia consentito di assegnare – per analogia – al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato può desumere sia dalla sua immediata lettura sia sulla base del linguaggio comune.

In ogni caso non c'è alcun dubbio che, se la disposizione è *ab origine* connotata da una certa indeterminatezza, il giudice può essere portato *naturaliter* ad operare con un'analogia mascherata da interpretazione estensiva pur di conferire determinatezza a quella disposizione: questo avviene senza che risulti possibile smascherare siffatta operazione dal momento che interpretazione estensiva e analogia diventano indistinguibili.

Solo disposizioni chiare e precise consentono di appurare se il giudice abbia fatto opera di interpretazione o, invece, di vera e propria "creazione" di norme incriminatrici e dunque se si sia mosso all'interno o tutt'al contrario al di fuori dei limiti segnati dai possibili significati letterali del testo legislativo: di conseguenza, in molte delle ipotesi nelle quali si rimprovera ai giudici di applicare le disposizioni incriminatrici al di là dei casi previsti dalla legge è piuttosto il legislatore che merita una censura nella misura in cui ha abdicato al suo monopolio nella "creazione" delle disposizioni penali e ha autorizzato il singolo giudice a diventare legislatore del caso concreto; è evidente così che la disposizione dovrebbe essere espulsa dall'ordinamento ad opera della Corte costituzionale per contrasto con il principio di determinatezza¹⁶⁰.

Insomma, si deve concludere che i giudici in molti casi realizzano operazioni analogiche difficilmente smascherabili in quanto non distinguibili di fatto dalle interpretazioni estensive: questa circostanza deriva dalla mancata dichiarazione di incostituzionalità per violazione del principio di determinatezza delle disposizioni contenenti espressioni linguistiche tanto elastiche quanto vaghe ed indeterminate. uale rimedio può essere individuato per ovviare a questo *status quo*?

È opportuno fare un'avvertenza.

¹⁵⁷ Non è un caso se un autorevole commentatore ha potuto qualificare tali elementi quali «forme di anticipata analogia» che sono incostituzionali per difetto di tassatività: così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 303.

¹⁵⁸ In tal senso cfr. anche F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 7-8.

¹⁵⁹ Come è stato ben detto, «la difficoltà o l'impossibilità di distinguere, rispetto a certe norme, tra l'una e l'altra sta a significare che la fattispecie è stata formulata non in conformità del principio di tassatività [inteso dall'A. come principio di determinatezza]: le formule generali indeterminate vengono, significativamente, definite come forme di "analogia anticipata"»: così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 108; analogamente cfr. G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, cit., 1555, 1557 e 1558, il quale sostiene che la difficoltà se non l'impossibilità di distinguere interpretazione estensiva ed analogia con riguardo a determinate disposizioni penali «è spesso dovuta ad una formulazione della fattispecie penale non conforme al principio di tassatività» e conclude che «molto dipenderà... dalle tecniche di redazione dei documenti legislativi, dai criteri adottati dal legislatore nel formulare le fattispecie delle norme penali incriminatrici, e soprattutto dal suo sforzo di fissare con chiarezza i significati delle parole e dalla sua rinuncia ad utilizzare elementi vaghi, emozionali od elastici, che comporterebbero l'indeterminatezza del precetto...» atteso che, per quanto il concetto di determinatezza della fattispecie penale sia «esso stesso indeterminato e il possibile senso letterale delle parole... [sia] pur sempre una costruzione ermeneutica, che viene eseguita secondo un principio assiologico e in struttura fondamentalmente analogica», tuttavia «il problema cruciale, anche se non facilmente solubile, div[ie]ne allora quello di fissare il grado di determinatezza che la fattispecie penale deve possedere per soddisfare il principio di tassatività».

¹⁶⁰ In tal senso si esprimono chiaramente anche G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 180.

L'attuale criterio utilizzato dal Giudice delle leggi per assodare la violazione, o meno, da parte di una disposizione penale del principio di determinatezza è quello della cosiddetta non interpretabilità della disposizione: in virtù di tale criterio non può sussistere violazione di tale principio da parte della disposizione penale nella quale sia presente un concetto elastico quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice, anche avvalendosi dell'interpretazione teleologica e di quella sistematica, di determinare il significato di quel concetto attraverso un'operazione interpretativa che non esoriti dall'ordinario compito allo stesso costituzionalmente affidato¹⁶¹.

Ciò significa che, di fatto, il principio di determinatezza sarà leso solo nel caso in cui la disposizione incriminatrice non sia in alcun modo suscettibile di interpretazione nonostante l'utilizzo di tutti i diversi criteri interpretativi a disposizione.

Secondo la Corte il giudice dovrebbe senz'altro sollevare la questione di costituzionalità per violazione del principio di determinatezza qualora, pur avendo egli esperito tutte le possibili "vie" interpretative, la disposizione continuasse ad essere priva di contenuto e quindi non interpretabile: questo perché qualunque significato fosse attribuito a quella disposizione «non potrebbe che essere arbitrario»¹⁶².

Qualora, invece, l'esito di questa attività ermeneutica ponesse il giudice di fronte a due o a più opzioni interpretative, "entrerebbe in scena" quel particolare "criterio orientativo" dell'autorità giudiziaria comunemente definito dai commentatori e dai giudici comuni – ma anche dalla stessa Corte costituzionale¹⁶³ – interpretazione tassativizzante.

L'interpretazione tassativizzante è una sottospecie riconducibile al *genus* dell'interpretazione conforme a Costituzione, la quale presenta la seguente peculiarità: essa ha come parametro di riferimento non tutte le norme costituzionali, ma soltanto quella che incorpora il principio di determinatezza e dunque richiede al giudice di preferire, nel caso di plurime opzioni interpretative, quella che renda la disposizione determinata.

In fondo, l'interpretazione tassativizzante non si identifica con un criterio interpretativo ulteriore rispetto ai criteri di cui il giudice penale dispone ordinariamente, bensì sta ad indicare che il giudice stesso deve utilizzare uno o più dei criteri, appunto, di norma utilizzati nella sua attività ermeneutica: tuttavia i criteri a cui ricorre presentano la specifica particolarità di essere finalizzati a rinvenire un'opzione interpretativa che renda la disposizione determinata.

L'interpretazione tassativizzante esperita con successo implica che la disposizione incriminatrice sia interpretabile e dunque esclude a monte la violazione del principio di determinatezza¹⁶⁴.

Tanto premesso, il giudice potrebbe addurre l'argomento che in relazione alla disposizione penale della quale deve fare applicazione nel giudizio non è possibile operare una linea di confine fra interpretazione estensiva ed analogia: questo al fine di dimostrare che l'espressione elastica contenuta in quella disposizione incriminatrice è non interpretabile poiché è caratterizzata da vuoto

¹⁶¹ La formula è ricorrente nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi quindici/venti anni: cfr. le [sentt. n. 5 del 2004](#), [n. 327 del 2008](#), [n. 21 del 2009](#), [n. 282 del 2010](#), [n. 172 del 2014](#), [n. 141](#) e [n. 278 del 2019](#) nonché la [sent. n. 145 del 2020](#) che, pur ricorrendo ad una formula apparentemente e formalmente non coincidente, in buona sostanza adotta il criterio della non interpretabilità della disposizione; da ultime sul principio di determinatezza vedansi le [sentt. n. 278 del 2020](#) e [n. 140 del 2021](#). In dottrina cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose*, cit., 144 ss.

¹⁶² Così F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 303.

¹⁶³ Cfr. la [sent. n. 24 del 2019](#) in cui si trova scritto che la lettura volta a conferire in via ermeneutica maggiore precisione alle fattispecie di reato è "talora indicata come 'tassativizzante'".

¹⁶⁴ Per approfondimenti e ragguagli sull'interpretazione tassativizzante quale «criterio interpretativo delle norme penali» (così G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 79) cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l'interpretazione tassativizzante come species del genus interpretazione conforme a Costituzione: spunti di riflessione*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli 2021, 505 ss., partic. 518, laddove abbiamo messo in evidenza che l'interpretazione tassativizzante presuppone *ex necesse* l'esistenza di almeno un significato preliminarmente individuato della disposizione, mentre, se quest'ultima non è interpretabile ma è tale che da essa risulta possibile ricavare solo una gamma di pure possibilità, allora sussiste realmente un vizio di indeterminatezza e di conseguenza l'interpretazione tassativizzante non è utilizzabile.

contenutistico e dunque qualunque significato le fosse attribuito attraverso l'interpretazione tassativizzante sarebbe arbitrario.

In questo caso la Corte dovrebbe appurare se l'elemento elastico consenta al giudice di compiere il basilare dovere interpretativo finalizzato a ricercare un significato normativo a quell'elemento entro i confini del testo legale: questa operazione condotta dal Giudice delle leggi sarebbe facilitata proprio dalla verifica dell'effettiva non tracciabilità della linea di confine fra interpretazione estensiva ed analogia.

Nell'ipotesi in cui la risposta della Corte prendesse atto dell'impossibilità per il giudice di compiere il dovere interpretativo in questione a causa della radicale non interpretabilità dell'elemento elastico allora la Corte stessa dovrebbe procedere all'annullamento della disposizione penale per la ritenuta violazione del principio di determinatezza.

Pertanto, al di là dell'enfaticizzazione del divieto di analogia a sfavore del reo operato nella [sentenza n. 98 del 2021](#), è possibile scorgere un ruolo ulteriore di tale divieto nel giudizio sulle leggi: si tratta di un ruolo che può dischiudere interessanti prospettive non solo nell'ottica della verifica dell'illecito interpretativo nei termini esposti in precedenza, ma anche nella giurisprudenza costituzionale relativa alla verifica del rispetto del principio di determinatezza ad opera delle disposizioni incriminatrici.

I giudici costituzionali finora si sono mossi «con molta cautela»¹⁶⁵ – eccezion fatta per alcuni casi del tutto marginali¹⁶⁶ – nell'assodare la violazione del principio di determinatezza ad opera di disposizioni che incorporano espressioni elastiche.

Attraverso la soluzione in questa sede prospettata la Corte potrebbe così arrivare a sanzionare con maggiore sistematicità le disposizioni penali per lesione di quel principio e così anche il divieto di analogia sarebbe maggiormente rispettato da parte dei giudici comuni.

¹⁶⁵ Così M. ROMANO, *sub art. 1*, cit., 43; in senso analogo cfr., *inter alios*, A. GARGANI, *La giurisprudenza costituzionale e la parte speciale del diritto penale*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino 2017, 579-580, nonché N. PIGNATELLI, *sub art. 25*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna 2021, 189, il quale discorre di «relativizzazione» del principio di determinatezza ad opera della giurisprudenza costituzionale.

¹⁶⁶ Il caso maggiormente esponenziale di questi casi del tutto eccezionali e rarissimi è senz'altro quello rappresentato dalla [sent. n. 96 del 1981](#) in ordine al reato di plagio dichiarato incostituzionale sulla base di motivazioni – incentrate non sul criterio della non interpretabilità della disposizione incriminatrice, bensì sul criterio della cosiddetta verificabilità empirica – legate, sì, alla violazione del principio di determinatezza, ma a tal punto particolarissime da risultare inidonee ad essere applicate in eventuali giudizi successivi (ed infatti non sono state più applicate in seguito: ne è la dimostrazione vivente la [sent. n. 172 del 2014](#) che nel rigettare la questione di costituzionalità relativa al delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-*bis* cod. pen. ha ritenuto che reiterate minacce e molestie che comportino eventi quali un perdurante stato d'ansia o di paura ovvero un fondato per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto ovvero l'alterazione delle proprie abitudini di vita integrino «comportamenti effettivamente riscontrabili (e riscontrati) nella realtà» che il giudice può «appurare con ragionevole certezza»): cfr. P. PITTARO, *Principio di tassatività ed elementi normativi extra-giuridici della fattispecie penale*, in *Giur. cost.* 1988, 2157.

Carmela Salazar
Judex ex machina? Note su giustizia, giudici e intelligenza artificiale* **

*Fin dal primo momento ho letto nel suo sguardo
una parola agghiacciante, e cioè ideologia.
Lei mi odia a livello ideologico!
Lei è prevenuto contro di me! Lei non è un buon giudice!
Dal film *In nome del popolo italiano* di Dino Risi 1971.*

ABSTRACT: The essay, reflecting on the potential of artificial intelligence as a tool for the judicial function, highlights some controversial aspects relating to the systems of "predictive justice".

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La “giustizia predittiva”: «del domani»... v'è certezza?. – 3. Anche gli algoritmi, nel loro piccolo, discriminano. – 4. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

Come si sa, non esiste una definizione univoca di intelligenza artificiale (di seguito, anche IA). Si può tuttavia recepire, ai fini di queste brevi notazioni, il suggerimento proposto dal Parlamento europeo nella risoluzione del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate, che riferisce tale locuzione a ogni «sistema basato su *software* o integrato in dispositivi *hardware* che mostra un comportamento che simula l'intelligenza, tra l'altro raccogliendo e trattando dati, analizzando e interpretando il proprio ambiente e intraprendendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere obiettivi specifici»¹.

Quando discorriamo di IA, pertanto, dovremmo parlarne al plurale, se non altro perché «può esserci un “corpo” (vale a dire un contenitore fisico, anche variamente antropomorfo) oppure no: questi sistemi possono lavorare in uno spazio fisico ovvero in uno spazio virtuale»². Nel primo caso, l'intelligenza artificiale incontra la robotica, mentre nel secondo è immediata l'evocazione della “datizzazione” del mondo³ e della connessa, capillare diffusione dei sistemi che raccolgono, analizzano ed elaborano dati, ai fini più vari⁴. Vi è, tuttavia, un elemento comune alle varie tipologie di sistemi di IA, operando essi sempre attraverso algoritmi digitali, definibili come sequenze di operazioni che devono soddisfare almeno due requisiti: «ad ogni passo della sequenza è già deciso, in modo deterministico, quale sarà il passo successivo, e la sequenza deve essere effettiva, cioè tendere a un risultato concreto, reale e virtualmente utile»⁵.

La storia recente è all'evidenza segnata dall'impatto degli algoritmi sulle nostre vite: essi, ad esempio, governano il funzionamento delle piattaforme digitali con cui entriamo in contatto sempre più spesso e per i motivi più diversi, specie da quando la pandemia da Covid-19 ci ha costretto a ricorrere alla tecnologia per lo svolgimento di ogni attività “trasponibile” dal mondo degli atomi al mondo dei *bit*. Ma anche da prima che il virus “sovrano”⁶ si imponesse all'umanità, l'uso delle

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista (Online First).

**Lo scritto, destinato a AA. VV., Ricordando Alessandro Pizzorusso. L'ordinamento giudiziario, a cura di V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi, A. Sperti, R. Tarchi, Pisa University Press, è aggiornato a maggio 2021.

¹Cfr. l'art 4 del regolamento proposto dalla risoluzione.

²Così, A. D'ALLOIA, *Il diritto verso “il mondo nuovo” e le sfide dell'intelligenza artificiale*, in [BioLaw Journal – Riv. di BioDiritto](#), 1/2019, 8.

³Vale a dire, «la conversione di qualsivoglia fenomeno in dati suscettibili di poter essere raccolti e analizzati»: A. CARCATERRA, *Machinae autonome e decisione robotica*, in AA. VV., *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna 2019, 39.

⁴Cfr. C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, fasc. spec. 2019, 101 ss.

⁵Così, P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano 2018, 15.

⁶Si riprende l'efficace definizione di D. DI CESARE, *Virus sovrano. L'asfissia capitalistica*, Torino 2020.

piattaforme digitali era diventato quotidiano per milioni di persone, al fine di acquisire informazioni di ogni natura, in base alle quali orientare le decisioni nei più vari ambiti: proprio per questo, le piattaforme sono al centro di molteplici studi, che – incrociando quelli sui diritti fondamentali «disvelati», «presi sul serio», «realizzati» ovvero «minacciati» dall'avvento della Rete⁷ – mettono in luce perplessità e preoccupazioni, specie in ordine alla circostanza che «le decisioni dei singoli vengono da un lato influenzate (attraverso la profilazione delle preferenze), dall'altro coordinate»⁸, nel contesto di un “capitalismo della sorveglianza” dai profili per molti versi inquietanti⁹.

Come ricorda il Parlamento europeo, è evidente che le tecnologie basate sull'IA «possono apportare un enorme contributo al raggiungimento dell'obiettivo comune di migliorare la vita dei cittadini e promuovere la prosperità», ma al tempo stesso «possono avere gravi implicazioni per l'integrità materiale e immateriale degli individui, dei gruppi e della società nel suo complesso»¹⁰. In particolare, il fatto che gli algoritmi siano divenuti «una mediazione sostanzialmente necessaria di ogni attività umana»¹¹, ha assunto sfumature viepiù preoccupanti da quando il c. d. apprendimento automatico (*machine learning* e *deep learning*) permette che essi stessi, sfruttando in particolare le cc. dd. *reti neurali*, producano i criteri di inferenza tra i dati, criteri che in molti casi non sono comprensibili agli stessi programmatori (c. d. effetto *black box*)¹². Eppure, l'intelligenza artificiale non può fare qualcosa di *totalmente diverso* da ciò a cui sia stata destinata¹³: per questa ragione, benché siano ormai note le possibili ricadute negative sui diritti fondamentali derivanti dalla diffusione dei sistemi di IA nei diversi ambiti della convivenza – il commercio, la partecipazione politica, la medicina, il mercato del lavoro, il rapporto tra i cittadini e le istituzioni pubbliche, etc. – sembra da escludersi una «gigantomachia tra l'uomo e la macchina, perché, banalmente, il genere di conoscenza di cui le macchine sono fornite dipende da una nostra delega: è un prodotto umano, che si serve di linguaggi che non somigliano a quello naturale»¹⁴.

2. La “giustizia predittiva”: «del doman»... v'è certezza?

Ciò posto, è vero che il ricorso a formule e a metafore che antropomorfizzano il mondo invisibile degli algoritmi – *intelligenza artificiale*, *reti neurali*, *apprendimento* – ingenera nell'immaginario collettivo la suggestione che il processo decisionale delle macchine “intelligenti” riproduca in tutto quello umano. In realtà, tuttora non abbiamo compreso esattamente come opera il nostro cervello, ragione per cui non siamo in grado di replicarne il funzionamento, trasferendolo nella dimensione digitale: come è stato di recente sottolineato, «né la meccanica newtoniana, né la teoria

⁷Le citazioni sono tratte da P. COSTANZO, *I diritti nelle “maglie” della rete*, in AA. VV., *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, a cura di T. Checcoli, C. Murgo, N. Pignatelli, Torino 2010, 5 ss. Come rileva A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Riv. di BioDiritto*, n. 1/2019, 70, il tema è esploso dinanzi al fenomeno delle cosiddette *fake news*, nonché in seguito al verificarsi di note vicende, come le interferenze da parte degli *hackers* russi nella campagna elettorale americana tramite falsi *accounts Facebook*, o come lo scandalo relativo a *Cambridge Analytica*.

⁸Così, V. ZENO ZENCOVICH, *Uber: modello economico e implicazioni giuridiche*, in *MediaLaws*, 2/2018, 140.

⁹Cfr. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* (2018), tr. it., Roma 2019.

¹⁰Le citazioni sono tratte, rispettivamente, dai *considerando* M e G della menzionata risoluzione del 20 ottobre 2020.

¹¹In tal senso, v. A. ODDENINO, *Decisioni algoritmiche e prospettive internazionali di valorizzazione dell'intervento umano*, in *DPCE Online*, 1/2020, 203.

¹²Cfr. F. PASQUALE, *The black box society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-London, 2015.

¹³Cfr. C. COLAPIETRO, A. MORETTI, *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDiritto*, 3/2020, 364 ss.

¹⁴In tal senso, v. R. BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Bologna 2019, 299.

elettromagnetica di Maxwell e neppure la teoria quantica di Heisenberg sono ancora in grado di spiegarci come la chimica diventi coscienza negli scambi tra i nostri neuroni»¹⁵.

Si dischiude, qui, un campo di indagine in cui il giurista non può che avventurarsi con molta cautela: va tuttavia evidenziato che gli approdi scientifici più recenti mostrano come l'evoluzione della nostra intelligenza sia alimentata dalla mediazione con il mondo esercitata dal *nostro corpo*, segnalando al tempo stesso che noi non siamo – come abbiamo ritenuto a lungo – «esseri razionali capaci di emozionarsi, ma esseri emozionali capaci di ragionare»¹⁶. Del resto, come ricorda R. Bodei, anche il celeberrimo *cogito, ergo sum* di Cartesio dovrebbe essere riferito a qualcosa di più che al mero ragionamento logico, poiché il verbo *cogitare* («da *cum agitare*, agitare insieme), è imparentato con la teoria dei vortici degli atomi nel mondo fisico e rappresenta, appunto, quel turbinio di pensieri, volizioni, passioni e sensazioni che incessantemente agitano l'anima»¹⁷.

Tale prospettiva, che sottolinea la distanza tra l'intelligenza artificiale e (quello che sappiamo del) l'intelligenza umana, dovrebbe tenersi ferma quando si riflette sulle molteplici implicazioni giuridiche dei rischi e dei vantaggi derivanti dal ricorso a tale tecnologia¹⁸, ed in particolare quando se ne ragiona con riguardo al settore della giustizia. In tale luce, ad esempio, è stata posta «la questione del significato e delle criticità ovvero delle potenzialità di quella che viene chiamata forse con una espressione ormai troppo generica “giustizia predittiva”»¹⁹.

Si tratta di una locuzione priva di una connotazione scientifica, che in qualche misura appare ingannevole, poiché i sistemi di IA cui essa si riferisce *non predicono il futuro*. Con tale formula, infatti, ci si riferisce agli innovativi metodi per automatizzare la ricerca in campo legale elaborati ed offerti ai privati (studi legali, società di consulenza, imprese di assicurazioni, etc.) dalle aziende di *legaltech*²⁰, al fine di fornire indicazioni sul possibile esito di una eventuale controversia in alcune materie e sulla probabile tempistica di definizione della stessa²¹. I sistemi di “giustizia predittiva” si attecchiscono, pertanto, a strumenti utilizzabili «per la redazione o il controllo di contratti o documenti, per valutazioni tecniche (ad esempio per il calcolo di indennità in caso di licenziamento, di assegni di mantenimento per il coniuge o i figli, per la quantificazione dei danni in caso di lesioni personali ecc.)»²², ma anche come dispositivi idonei a prospettare *la probabilità* che una determinata controversia abbia un certo esito o si chiuda entro un certo arco temporale. La valutazione tiene conto dei dati normativi applicabili al caso con riguardo al quale il sistema viene interpellato e ai precedenti giudiziari relativi a controversie analoghe: il fine è quello di orientare gli utenti che interrogano il sistema, anche per indurli a rinunciare ad un contenzioso che li vedrebbe probabilmente soccombenti, con conseguente effetto deflattivo²³.

¹⁵Così, S. AMATO, *Tra silicio e carbonio: le macchine saranno sempre stupide?*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDiritto*, 1/2021, 301.

¹⁶In tal senso, v. G. MAIRA, *Intelligenza umana e intelligenza artificiale*, in *Federalismi.it*, 7/2021, IX.

¹⁷Cfr. R. BODEI, *Dominio*, cit., 309.

¹⁸Per un'ampia panoramica, v. C. CASONATO, *Intelligenza artificiale*, cit., 102 ss.

¹⁹Cfr. C. CASTELLI, G. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 153.

²⁰Il fenomeno è abbastanza diffuso negli USA e, da questa parte dell'Oceano, si è affacciato con maggior risalto in Gran Bretagna e in Francia: cfr. S. GABORIOU, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?* in *Quest. giust.*, 4/2018, 200 ss.

²¹In proposito, v. F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Riv. AIC*, 1/2020, 418 ss., che ricorda come il Dipartimento di statistica dell'Università di Firenze abbia elaborato, nel 2007, un modello per il Calcolo dell'Assegno di Mantenimento (MoCAM), che ha trovato applicazione da parte del Tribunale di Firenze, ma che è risultato afflitto da non poche criticità, soprattutto con riguardo alla “rigidità” del funzionamento, che non consentiva di tenere conto delle peculiarità dei singoli casi.

²²Così, F. DONATI, *Intelligenza artificiale*, cit., 419. Altra cosa, ovviamente, è l'introduzione di procedure informatiche che sostituiscono quelle precedentemente svolte sulla base della documentazione cartacea (c. d. processo telematico). Cfr. E. VINCENTI, *Massimazione e conoscenza della giurisprudenza nell'era digitale*, in *Quest. giust.*, 4/2018, 149 ss.

²³Cfr. A. NATALE, *Introduzione. Una giustizia (im)prevedibile* in *Quest. giust.*, 4/2018, 13.

Più che di *predizioni* appare maggiormente calzante, allora, parlare di *previsioni*²⁴: peraltro, mentre nel caso di valutazioni ancorate ai parametri oggettivi cui si commisurano gli indennizzi, i risarcimenti, etc., l'indicazione fornita dal sistema di intelligenza artificiale può anticipare con una buona dose di precisione il *quantum* oggetto dell'eventuale decisione giudiziaria, con riguardo alla previsione dell'esito della controversia mi sembra sia lecito formulare qualche perplessità.

Ogni processo giurisdizionale potrebbe infatti essere incluso tra i *sistemi caotici*, con riguardo ai quali la formulazione di previsioni, pur se operata attraverso modelli matematici – come, ad esempio quelli utilizzati per i fenomeni metereologici – sconta margini di inevitabile incertezza, in quanto le “condizioni iniziali” in presenza delle quali si applicano tali modelli sono esposte a mutazioni che, anche se di lieve entità, possono produrre alterazioni significative nell'equilibrio complessivo del sistema, tali da determinare effetti macroscopici, non preventivabili *ex ante*²⁵.

Ora, i dati normativi applicabili a una certa controversia appaiono paragonabili a “condizioni iniziali” insufficienti a tracciare in modo certo le coordinate su cui potrà muoversi l'evoluzione del giudizio²⁶. Questo, infatti, potrebbe procedere in una direzione inattesa e imprevedibile, nel caso in cui un dubbio di costituzionalità – anche minimo, purché non “inconsistente”, secondo il requisito della “non manifesta infondatezza” della questione – si affacci alla mente dei giudici.

L'avvento della Costituzione rigida ha esposto ogni processo a un inedito fattore di incertezza, che dischiude la possibilità di un approdo molto distante da quello astrattamente immaginabile alla luce delle “condizioni di partenza”, qualora venga sollevata una questione di costituzionalità²⁷. Il dato normativo “iniziale” può infatti essere del tutto escluso dall'orizzonte della controversia, in caso di accoglimento “secco” della questione, ovvero può subire modifiche significative, qualora la Corte pronunci una sentenza “manipolativa”.

Ma non basta. L'imprevedibilità dell'evoluzione delle controversie dipende anche dalla circostanza che il giudice può (e in certi casi deve) proporre una questione pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, per non parlare dell'ipotesi in cui gli si prospetti un'ipotesi di “doppia pregiudizialità”, qualora ritenga si verifichi una simultanea violazione della Carta di Nizza e della Costituzione. In quest'ultima eventualità, l'incertezza sul futuro sviluppo del processo aumenta viepiù, poiché – come si sa – spetta al giudice scegliere se adire la Corte di giustizia ovvero la Consulta, o ancora se rivolgersi in contemporanea all'una e all'altra²⁸.

Ci si chiede, allora, quale efficacia previsionale sul possibile esito di una controversia possa *realmente* manifestare un sistema di IA, posto che non sembra sia possibile “addestrare” gli algoritmi a praticare il dubbio: come è stato notato, si tratta di un'operazione che appare difficilmente compatibile con la logica binaria tipica dell'intelligenza artificiale²⁹.

Certo, la proposizione della questione di costituzionalità o di quella pregiudiziale sono delle *eventualità*, che non è detto si verifichino: ma a parte il fatto che non si tratta di ipotesi eccezionali, l'andamento del processo resta comunque difficilmente prevedibile, pur quando esse non si concretizzino. Come è noto, il giudice è «soggetto soltanto alla legge» (art. 101, c. 2, Cost.): senonché, tale soggezione va ricostruita come «subordinazione (sì, ma) ragionevole, intreccio circolare, con la discrezionalità giudiziaria che ha bisogno della legalità ma che, al tempo stesso,

²⁴In altri termini, «non si tratta di predire con esattezza puntuale il dispositivo di una sentenza, ma di individuare l'orientamento del ragionamento del giudice»: C. CASTELLI, G. PIANA, *Giustizia predittiva*, cit., 154.

²⁵Cfr. I. EKELAND, *Come funziona il caos. Dal moto dei pianeti all'effetto farfalla* (2009), tr. it., Torino 2010.

²⁶Peraltro, con riferimento alla elaborazione dei precedenti, non è detto che gli algoritmi siano in grado di valutare analogie e differenze tra i casi giudiziari, sino al punto di tenere in conto le singolarità che inducono i giudici ad operare il c. d. *distinguishing*: v. A. NATALE, *Introduzione*, cit., 15.

²⁷«Se lo Stato legislativo cercava la fissità, la stabilità, l'individuazione di confini netti (tra diritto e morale, tra diritto e politica, tra diritto interno e diritto sovranazionale), lo Stato costituzionale rende indistinti tutti questi confini, e cerca il continuo adeguamento del diritto infra-costituzionale ai principi costituzionali»: G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 241.

²⁸Cfr. per tutti A. RUGGERI, *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l'uso*, in Federalismi.it, 6/2021, 211 ss.

²⁹Cfr. M. LUCIANI, *La decisione*, cit., 889.

contribuisce a plasmarla»³⁰. Qui risalta l'assegnazione, nella nostra Costituzione, di «funzioni inserite nel processo di creazione-attuazione del diritto alla Magistratura, alla Corte costituzionale o ad altri organi formati in modi tali da non consentire di qualificarli come rappresentativi, ma tuttavia per altro verso idonei ad immettere nel processo stesso importanti influenze di ordine giuridico-culturale»³¹, in specie di quelle che «valgono ad assicurare il rispetto dei principi fondamentali che compongono la costituzione materiale vigente nel nostro paese e, più in generale, la continuità del diritto pur nella sua costante evoluzione»³².

In particolare, la Carta repubblicana assegna ai giudici un ruolo che non è quello «di un corpo di funzionari che esprimono, ad occhi più o meno bendati, la volontà degli altri poteri dello Stato, bensì quello di un gruppo di tecnici del diritto capaci non soltanto di leggere ed interpretare le disposizioni legislative, ma anche di cogliere e perseguire i valori in base ai quali debbono essere risolte le alternative proposte dall'impiego delle varie tecniche interpretative e per tradurre i risultati di questa elaborazione culturale in decisioni, quanto più è possibile appropriate alle particolarità dei fatti sottoposti al loro esame»³³. In questa luce, l'indipendenza del giudice, prima ancora che come complesso di garanzie, deve intendersi «come capacità di elaborare attraverso l'interpretazione regole di diritto suscettibili di dare attuazione anche diretta ai principi costituzionali, senza escludere che in tal modo possa aversi creazione di diritto giurisprudenziale entro i limiti in cui ciò è praticamente consentito dall'istituzionale subordinazione del giudice alla legge»³⁴. Il giudice entra così in contatto con l'universo disegnato dai principi costituzionali, per definizione in espansione: essi, per loro natura, sono infatti «destinati a proiettarsi nel futuro e imprimono all'ordinamento un impulso innovatore continuo, che deve essere colto sia dal legislatore, sia dall'amministrazione, sia dalla giurisdizione»³⁵.

L'evoluzione dell'ordinamento si è mossa decisamente in questa direzione, come mostra l'affermazione del “canone” dell'interpretazione conforme alla Costituzione e la possibilità di applicazione diretta della stessa. Ma si pensi anche, alla luce degli artt. 11 e 117, c. 1, Cost., all'*obbligo* di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, all'*obbligo* di disapplicazione delle leggi nazionali in contrasto con quelle europee *self executing* (salvo il caso di violazione dei “controlimiti”), nonché all'*obbligo* dell'interpretazione conforme alla CEDU, per come questo è stato configurato dalla Corte costituzionale a partire dalle celeberrime [sentt. n. 348](#) e [349/2007](#). Tale evoluzione conferma che «la soluzione tecnica migliore di una controversia non può essere elaborata *in vitro*»³⁶: tanto meno può essere pronosticata da sistemi algoritmici, che si muovono su una logica binaria e perciò *dicotomica*, come tale tendenzialmente incapace di abbracciare la complessità del mondo degli atomi e quella delle domande di giustizia che da esso si levano. Ma se le cose stanno così, ritorna la domanda sulla *reale* utilità dei sistemi di “giustizia predittiva” quali strumenti di consulenza e orientamento per gli avvocati o per i cittadini, a meno che non si tratti dell'elaborazione di elementi numerici o di dati tecnico-scientifici, o che si abbia a che fare con cause semplici e “seriali” o interamente documentali, nei limiti permessi dalla legislazione³⁷.

³⁰In tal senso, v. A. D'ALOIA, *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, in AA. VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, a cura dell'AIC, Padova, 2008, 336.

³¹Cfr. A. PIZZORUSSO, *La magistratura nel sistema politico italiano* (1977), ora in ID., *L'ordinamento giudiziario*, Napoli 2019, 998.

³²Cfr. A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia* (1994), ora in ID., *L'ordinamento giudiziario*, cit., 75.

³³Cfr. A. PIZZORUSSO, *Su alcune recenti proposte di riforma del Csm* (1984), ora in ID., *L'ordinamento giudiziario*, cit., 1058.

³⁴Cfr. A. PIZZORUSSO, *Introduzione a “L'ordinamento giudiziario”* (1974), ora in ID., *L'ordinamento giudiziario*, cit., 325.

³⁵Così, G. SILVESTRI, *Relazione del Presidente del Comitato direttivo Gaetano Silvestri*, 2, in [Questione Giustizia](#), 9. 4. 2019.

³⁶Cfr. G. SILVESTRI, *Relazione*, cit., 4.

³⁷Cfr. F. DONATI, *Intelligenza artificiale*, cit., 431.

3. Anche gli algoritmi, nel loro piccolo, discriminano

I dubbi sin qui enunciati sulla “giustizia predittiva” si rafforzano, peraltro, alla luce di quanto accaduto qualche anno fa in Francia: su iniziativa del Ministero della giustizia, infatti, le Corti d’appello di Douai e di Rennes erano state invitate, nella primavera del 2017, a testare volontariamente un sistema di questo genere, ma pochi mesi dopo hanno abbandonato l’esperimento, constatandone il fallimento³⁸.

Qui si apre un ulteriore versante del rapporto problematico tra la giustizia e i sistemi di IA, con riguardo alla eventualità che essi siano utilizzati *da parte dei giudici* nello svolgimento della loro attività.

Proprio perché il “processo decisionale” della macchina si produce in assenza delle influenze che derivano dal caotico affacciarsi al foro interno del giudice di sensazioni, emozioni e convinzioni ideologiche, religiose, culturali, etc., il “ragionamento algoritmico” può sembrare maggiormente lineare e capace di interna coerenza rispetto a quello umano, oltre ad apparire impermeabile a eventuali condizionamenti indebiti e condurre ad un esito rapido delle controversie. Per tale ragione, la decisione giudiziaria algoritmica (o robotica, ove si immagini che sia emessa da una macchina antropomorfa³⁹) sembra avere acquistato un certo fascino, richiamando peraltro la nota raffigurazione «divenuta quadretto manieristico e fonte di innumerevoli equivoci del giudice come *bouche de la loi*, risalente al libro XI dell’*Esprit des Lois* di Montesquieu»⁴⁰.

Ora, non c’è dubbio che le norme costituzionali sulla magistratura escludano la possibilità di una *totale* sostituzione del *giudice naturale* (art. 25, c. 1, Cost.)... con il *giudice artificiale*⁴¹. Pertanto, intorno all’eventuale ricorso all’IA nell’amministrazione della giustizia si dovrebbe ragionare restando nella prospettiva di un «teco-umanesimo», nel quale «le prestazioni cognitive dell’uomo vengano potenziate dalla capacità della macchina da un lato di raccogliere e processare dati e di prospettare soluzioni, dall’altro di monitorare il percorso decisionale e motivazionale condotto dall’uomo per segnalare lacune, incongruenze, contrasti rispetto a decisioni assunte in casi simili, ecc.»⁴², in coerenza con il *principio di non esclusività della decisione algoritmica* sancito dall’art. 22 del Regolamento generale sulla protezione dei dati del Parlamento europeo e del Consiglio (reg. n. 679/2016, d’ora innanzi GDPR)⁴³.

Tuttavia, pur muovendo da tali premesse, occorre tenere presente che le macchine – in quanto prodotte dagli esseri umani – non sono infallibili: la notazione potrebbe apparire pleonastica, se non fosse che, nel caso delle macchine “intelligenti”, una concreta manifestazione della loro fallibilità si rintraccia nel ribaltamento della presunzione della loro “imparzialità”. Gli algoritmi, infatti, «incorporano scelte non scontatamente neutrali, che segnano la fase della loro concezione e perpetuano, talora amplificandoli, i limiti cognitivi e valoriali dei dati su cui si innesta la loro operatività»⁴⁴.

Nel linguaggio informatico, si ricorre al motto “*garbage in, garbage out*”, per cui se il meccanismo di IA è inficiato *ab origine* da *biases*, essi si ripresenteranno in ogni applicazione, sino a che non

³⁸Cfr. S. GABORIOU, *Libertà e umanità*, cit., 201.

³⁹Cfr. M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 888.

⁴⁰Cfr. A. PUNZI, *Judge in the Machine. E se fossero le macchine a restituirci l’umanità del giudicare?*, in AA. VV., *Decisione robotica*, cit., 322.

⁴¹Cfr. per tutti F. DONATI, *Intelligenza artificiale*, cit., 429 ss.

⁴² Cfr. A. PUNZI, *Judge*, cit., 328.

⁴³ Il principio, tuttavia, prevede un complesso (e discutibile) sistema di eccezioni, su cui si rinvia per tutti a C. CASONATO, *Intelligenza artificiale*, cit., 128. Cfr. anche COMMISSIONE EUROPEA per l’EFFICIENZA della GIUSTIZIA (CEPEJ), *Carta etica europea sull’utilizzo dell’intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*. La Carta – il primo testo europeo (non vincolante) sui principi etici relativi all’uso dell’IA nell’amministrazione della giustizia – individua cinque principi: rispetto dei diritti fondamentali; non discriminazione; qualità e sicurezza; trasparenza, imparzialità ed equità; controllo finale dell’utente. Quest’ultimo, ispirandosi al “modello” comunemente definito *human in the loop*, implica, come chiarisce la stessa Carta, che «l’utilizzo di strumenti e servizi di intelligenza artificiale deve rafforzare e non limitare l’autonomia dell’utilizzatore».

⁴⁴In tal senso, v. A. ODDENINO, *Decisioni algoritmiche*, cit., 200.

vengano rimossi dagli operatori umani, ammesso che ci si renda conto della loro esistenza. L'errore della macchina, infatti, è tendenzialmente invisibile⁴⁵: non è detto, pertanto, che sia sempre possibile avvedersi delle componenti “distorsive” annidate negli algoritmi, soprattutto quando l'evoluzione del loro funzionamento si compia attraverso il *machine learning* e dunque si allontani in modo inavvertibile dalle impostazioni iniziali date dal programmatore. Può allora accadere che errori siano scambiati per soluzioni affidabili⁴⁶.

Inevitabile, a tale proposito, citare il noto “caso COMPAS” (acronimo di *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), un programma di IA prodotto da una società statunitense per calcolare il rischio di recidiva e la pericolosità sociale in base a dati statistici, ai precedenti giudiziari, alle risposte a un questionario fornite dall'imputato e a una serie di variabili, coperte da proprietà intellettuale. Nel 2013 un imputato, Eric Loomis, ha impugnato la sentenza adottata nei suoi confronti da un Tribunale del Wisconsin che utilizzava tale strumento, in quanto si era visto respingere la richiesta di accesso al codice sorgente del sistema di IA, perché coperto da proprietà intellettuale: la Corte di appello ha rimesso il ricorso alla Corte suprema dello Stato, che ha respinto le ragioni della difesa di Loomis, imperniate sulla pretesa violazione della clausola costituzionale del giusto processo (*due process clause*). La Corte ha ritenuto che il punteggio di rischio fornito dalla macchina fosse solo *uno* degli elementi influenti sulla decisione finale, così che essa non potesse definirsi come interamente automatizzata, limitandosi inoltre a imporre alla società titolare dei diritti di proprietà intellettuale la fissazione di chiare “avvertenze”, rivolte ai giudici, sul funzionamento del processo decisionale del sistema di IA⁴⁷. Tuttavia, quando questo è stato sottoposto ad un controllo da un'organizzazione non governativa, ne è emerso l'alto potenziale discriminatorio, comprovato dalla tendenza ad attribuire il rischio di recidiva in misura sistematicamente minore ai bianchi e in grado maggiore alle persone di colore⁴⁸.

Ma anche quando l'algoritmo proceda davvero in modo “cieco”, e dunque si presenti come massimamente imparziale, non è detto che esso operi con modalità accettabili in un ordinamento costituzionale.

È il caso dell'algoritmo *Frank*, che organizzava, tramite una piattaforma digitale, le prestazioni dei ciclo-fattorini (c. d. *riders*) assunti dalla multinazionale di consegna di cibo a domicilio *Deliveroo*⁴⁹. Il Tribunale di Bologna si è pronunciato su tale sistema di intelligenza artificiale, accogliendo il ricorso promosso da alcune organizzazioni sindacali che denunciavano come la piattaforma sanzionasse sistematicamente i *riders*, in caso di mancato rispetto delle sessioni di lavoro, attraverso la diminuzione dei “punteggi” ai quali era affidato il “*ranking* reputazionale” del lavoratore. Pertanto, *tutte* le forme di astensione dal lavoro venivano “punite” nel medesimo modo, comprese quelle lecite, ed in particolare quelle derivanti dall'esercizio del diritto di sciopero (art. 40 Cost.). Questo risultato, rileva il Tribunale, derivava dalla circostanza che «la piattaforma non conosce e non vuole conoscere i motivi per cui il *riders* cancella la sua prenotazione o non partecipa ad una sessione prenotata e non cancellata». Sennonché, continua il Tribunale, «è proprio in questa “incoscienza” (come definita da *Deliveroo*) e “cecità” (come definita dalle parti ricorrenti) del programma di elaborazione delle statistiche di ciascun *riders* che alberga la potenzialità

⁴⁵Cfr. M. LUCIANI, *La decisione*, cit., 878.

⁴⁶Cfr. A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2019, 92.

⁴⁷Il Consiglio di Stato si è di recente espresso in senso opposto, in occasione delle controversie relative alle procedure di assegnazione e di mobilità degli insegnanti stabilite dalla l. n. 107/2015 (c. d. legge sulla “buona scuola”), ritenendo che, quando siano in gioco decisioni della pubblica amministrazione, non rilevi la riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati: esse, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentt. n. 2270, 8472, 8473, 8474/2019. Su tale giurisprudenza, v. anche *infra*.

⁴⁸ Il caso è stato oggetto di molti commenti: cfr. per tutti A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 94 ss. e bibl. *ivi* cit.

⁴⁹Trib. Bologna, ord. 31. 12. 2020 (iscritta al n. r. g. 2949/2019), in *Lavoro Diritti Europa*, 1/2021, su cui v. per tutti A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, *ivi*, 1 ss.

discriminatoria dello stesso. Perché il considerare irrilevanti i motivi della mancata partecipazione alla sessione prenotata o della cancellazione tardiva della stessa, sulla base della natura asseritamente autonoma dei lavoratori, implica necessariamente riservare lo stesso trattamento a situazioni diverse, ed è in questo che consiste tipicamente la discriminazione indiretta». In sostanza, l'algoritmo può risultare incostituzionale *proprio perché è "cieco"*: quel che importa è che non sia "cieco" il giudice, nel senso che gli deve essere possibile "vedere" il reale funzionamento della macchina, per poter rispondere in modo esaustivo alla domanda di giustizia che gli viene rivolta.

Sullo "sguardo" del giudice insiste anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato relativa agli algoritmi utilizzati dall'amministrazione per gestire le procedure di assegnazione e di mobilità dei docenti, in occasione dell'attuazione delle norme sulla "buona scuola". Non è possibile, in questa sede, ripercorrere l'intera vicenda⁵⁰, ma si può evidenziare la sottolineatura, da parte dei Giudici di Palazzo Spada, di tre principi desumibili dagli artt. 5, 15, 21, 22 e 25 GDPR, in coerenza con gli artt. 2, 3, 24, 97, c. 2, e 113 Cost.: il principio di *conoscibilità-comprendibilità degli algoritmi*, il principio di *non esclusività della decisione algoritmica* ed il principio di *non discriminazione algoritmica*⁵¹.

In forza del primo principio, ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano ed a ricevere informazioni sulla logica utilizzata. La *conoscibilità e comprendibilità* dell'algoritmo, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza riconducibile anche all'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, mira, tra l'altro, a consentire alla persona di decidere se impugnare la decisione dinanzi al giudice amministrativo. Questo, conservando la medesima ampiezza del controllo esercitato sulle decisioni della pubblica amministrazione non supportate da sistemi di IA, dovrebbe potere estendere il proprio sindacato ad ogni elemento rilevante, dagli autori al procedimento usato per l'elaborazione dell'algoritmo, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati assunti come pertinenti. In tal modo, diviene possibile verificare se i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento automatizzato sono conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento, affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato.

La responsabilità per l'operato dell'amministrazione, continua il Consiglio di Stato, deve comunque essere riferibile a un soggetto in grado di verificare la legittimità e la logica della decisione dettata dall'algoritmo: il principio di non esclusività della decisione algoritmica, pertanto, non è soddisfatto dal coinvolgimento di un intervento *qualunque*, dovendo questo esprimersi in modalità tali da controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. Ma pur quando l'algoritmo sia conoscibile e comprensibile e il processo decisionale preveda un significativo coinvolgimento umano, è doveroso accertare il rispetto del *principio di non discriminazione algoritmica*. A tal proposito, il Consiglio di Stato richiama il considerando 71 del GDPR, secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche e ricorra a misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e si impediscano, tra l'altro, effetti discriminatori.

Ciò significa che le operazioni informatiche alla base delle decisioni dell'amministrazione dovrebbero essere sempre ricostruibili, perché dipendenti dalla preventiva, contemporanea o successiva azione umana di impostazione e/o controllo dello strumento; e che se così non è e se, anzi, risulta impossibile comprendere le modalità con le quali l'amministrazione ha operato, si determina un vizio, di per sé tale da inficiare la procedura. Laddove ciò dovesse accadere, avverte il Consiglio di Stato, l'amministrazione dovrebbe rettificare i dati in ingresso: operazione, questa, che richiede la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni.

⁵⁰ Si rinvia, per tutti, a M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in [Federalismi.it](#), 16/2019, 1 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in AA. VV., *Decisione robotica*, cit., 165 ss.; I. A. NICOTRA, V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in [Rivista AIC](#), 4/2019, 86 ss.

⁵¹ Nel testo si fa riferimento a Cons. Stato, sez. VI, sentt. n. 2270, 8472, 8473, 8474/2019, citt.

Affiora, qui, un'indicazione che dovrebbe essere raccolta dal legislatore: ad esempio, mediante un intervento che imponga alle pubbliche amministrazioni di istituire «una rete di comitati tecnici per il controllo e il monitoraggio costante dei processi di intelligenza artificiale composti da scienziati, economisti e giuristi, con il compito di fornire al Governo gli elementi da illustrare al Parlamento sulla verifica annuale dei processi di sviluppo e applicazione dell'intelligenza artificiale»⁵².

4. Conclusioni

Nelle decisioni ora richiamate, l'IA è stata *oggetto* dell'attività giudiziaria, ma dal quadro che se ne ricava, oltre che dalle altre notazioni svolte in precedenza, possono trarsi alcuni spunti di riflessione sull'eventuale ricorso all'IA quale *strumento* della funzione giurisdizionale.

Di recente, è stato suggerito, nella prospettiva del “tecno-umanesimo” prima richiamata, un “modello” di interazione tra il magistrato e la macchina in cui questa possa atteggiarsi ad *alter ego* del primo, «una sorta di grillo parlante digitale», che «gli chiede conto e gli fa prendere piena coscienza del modo in cui sta ragionando e decidendo»⁵³. In tale luce, il magistrato potrebbe avvalersi dei dati normativi, giurisprudenziali e fattuali elaborati dalla macchina, che «potrebbe altresì suggerire dei modelli di motivazione adeguati al caso in decisione»⁵⁴.

La proposta è suggestiva, ma a mio avviso non è possibile accantonare del tutto le preoccupazioni relative alla potenzialità discriminatorie dell'IA e alla difficoltà di comprendere se nel sistema utilizzato sussistano dei *biases* ed in quale misura essi producano risultati “viziati”. Tali timori si impongono in modo ancora più pressante di quanto accada con riferimento alle decisioni della pubblica amministrazione, alla luce del rischio di eventuali compressioni dei diritti inviolabili coinvolti nelle controversie, a partire da quello al giusto processo (art. 6 CEDU e 111, c. 1, Cost.) ed a finire a quelli ordinariamente al centro dei giudizi penali (libertà personale, libertà di domicilio, libertà e segretezza della corrispondenza: artt. 13, 14 e 15 Cost.). A tale proposito, può richiamarsi la citata risoluzione del Parlamento europeo sugli aspetti etici dell'IA, nella parte in cui, rilevando che le tecnologie in grado di generare decisioni automatizzate «dovrebbero essere trattate con la massima precauzione, in particolare nei settori della giustizia e dell'applicazione della legge» (par. 67), sostiene che gli Stati membri dovrebbero ricorrere ad esse soltanto in presenza di prove circostanziate della loro affidabilità, quando siano possibili o sistematici un intervento e una verifica sostanziali da parte dell'uomo (par. 68)⁵⁵.

Con specifico riguardo al nostro ordinamento, bisognerebbe poi considerare le possibili ricadute negative sulle garanzie costituzionali che presidiano l'indipendenza della magistratura. Dovrebbe infatti tenersi conto della forza pratica con cui le indicazioni elaborate dalle macchine, in forza dell'aura di scientificità che le circonda, tendono a “catturare” la decisione umana⁵⁶: anche

⁵² Cfr. AA. VV., *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in [BioLaw Journal – Riv. BioDiritto](#), 3/2019, 220.

⁵³ Cfr. A. PUNZI, Judge, cit., 330.

⁵⁴ Cfr. ancora A. PUNZI, Judge, cit., 329.

⁵⁵ Nella relazione allegata alla *Risoluzione*, il Parlamento discorre di *intelligenza artificiale antropocentrica e antropogenica*, che esige un quadro normativo ispirato all'“etica come impostazione predefinita e fin dalla progettazione”, tale da garantire che qualsiasi sistema di IA rispetti pienamente i Trattati, la Carta dei diritti fondamentali e il diritto derivato dell'UE. Il Parlamento ritiene che tale approccio debba porsi in linea con il principio di precauzione, che guida la legislazione dell'UE, auspicando al tempo stesso un modello di *governance* che consenta alle imprese e agli innovatori di sviluppare ulteriormente le tecnologie digitali. La risoluzione, peraltro, include il settore giudiziario tra quelli definiti “ad alto rischio”, con riguardo ai quali essa propone che lo sviluppo, la diffusione e l'utilizzo dell'IA, della robotica e delle tecnologie correlate sia sottoposto ad adeguati controlli, anche attraverso l'intervento di un'autorità operante in ogni Stato membro. Le indicazioni del Parlamento sono state in parte recepite dalla proposta di regolamento diffusa dalla Commissione europea il 21 aprile 2021, quando il presente lavoro era già ultimato [*Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain unions legislative act*, COM (2021) 206 *final*]. Di essa, pertanto, non si è potuto tenere conto.

⁵⁶Cfr. spec. A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma*, cit., 100.

qualora venga espressamente esclusa l'efficacia vincolante dell'esito preconizzato dagli algoritmi, i magistrati potrebbero finire per adeguarsi a tale responso, a meno di non superarlo attraverso un adeguato sforzo argomentativo. Si verrebbe così a delineare quell'"effetto *moutonnier*" di cui discorre A. Garapon⁵⁷, che indebolirebbe, di fatto, la soggezione soltanto alla legge, e che – qualora la macchina indichi la prevalenza di un certo esito nei precedenti giudiziari riferibili a casi analoghi – potrebbe determinare anche un allineamento sistematico a questi ultimi. Ne potrebbe derivare una iper-valorizzazione del ruolo del precedente, di per sé estranea al nostro ordinamento, ed una tendenziale cristallizzazione dei *trend* giurisprudenziali prevalenti, con un impoverimento della capacità del diritto di rispondere ai bisogni umani in base alle diverse esigenze sociali espresse in ogni singolo momento storico⁵⁸.

I rischi, insomma, sembrano superiori ai vantaggi, anche perché si affaccia un'ulteriore perplessità circa la reale utilità dell'interazione magistrato-macchina, almeno con riguardo all'obbligo costituzionale di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111, c. 6, Cost.). L'elaborazione dell'apparato argomentativo delle decisioni dei magistrati, infatti, non attinge soltanto ai dati normativi e ai precedenti, ma si alimenta – *dovrebbe alimentarsi* – anche al dibattito dottrinale sulle tematiche coinvolte nei giudizi. L'acculturamento costante dei magistrati – non soltanto in ambito giuridico – non ne arricchisce soltanto la professionalità, ma si inserisce anche tra le condizioni che consentono di amministrare la giustizia «in nome del popolo» (art. 101, c. 1, Cost.): una preparazione accurata è una componente fondamentale dell'indipendenza tutelata dalla Costituzione e dalle Carte internazionali ed europee, in quanto «un magistrato colto e consapevole del proprio ruolo nella società e nelle istituzioni non è facile preda di suggestioni, di ondate emotive, di rozze ideologie stratificate nel senso comune, ancorché assistite da consenso di massa»⁵⁹.

Parafrasando la battuta del film citato in apertura di queste note, un magistrato incolto e non adeguatamente preparato *non è un buon magistrato*: sia perché, per le ragioni ora viste, priva se stesso di alcuni preziosi "anticorpi" rispetto alla esposizione a condizionamenti indebiti, sia perché priva i destinatari delle proprie decisioni della possibilità di fruire degli approdi raggiunti dall'evoluzione del dibattito dottrinale – si pensi, ad esempio, a quelli relativi alla tutela dei "nuovi" diritti fondamentali – i quali potrebbero non trovare altra strada per affermarsi nelle decisioni pubbliche, ed in particolare in quelle degli organi di indirizzo politico. Il ruolo costituzionale del magistrato – per riprendere una felice definizione di A. Pizzorusso – esige infatti che esso operi anche come «canale di trasmissione delle influenze della cultura giuridica»⁶⁰: la magistratura agisce come «filtro» ed al tempo stesso come «cassa di risonanza»⁶¹ delle elaborazioni dottrinali, attraverso la introiezione dei risultati emergenti dal dibattito scientifico nella motivazione dei propri provvedimenti, talvolta aprendo la strada per riforme legislative a lungo attese. Basti qui ricordare il caso della l. n. 219/2017, «figlia della sentenza Englaro»⁶².

In proposito, precisa ancora A. Pizzorusso, «la via normale attraverso la quale la volontà popolare può manifestarsi e far pesare le sue esigenze contingenti non è costituita certamente dall'influenza culturale dei giuristi, ma dall'influenza politica dei governanti»; tuttavia, «la prima serve soprattutto ad impedire che la spinta delle esigenze contingenti possa travolgere i principi fondamentali della società o le garanzie delle libertà dei singoli»⁶³. La riflessione ora richiamata ha una portata generale, ma acquista un particolare rilievo dinanzi al recente successo conquistato anche negli ordinamenti

⁵⁷ Cfr. l'intervista rilasciata dall'A. a E. Fronza e C. Caruso, intitolata *Ti faresti giudicare da un algoritmo*, in [Questione Giustizia](#), 4/2018, 196 ss. La formula può tradursi come "effetto pecora nel gregge", con riferimento alla possibilità che i giudici siano "indotti" «a seguire la maggioranza come pecore» (*ivi*, 197). *Amplius*, v. A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna 2021, 185.

⁵⁸ M. LUCIANI, *La decisione*, cit., 885.

⁵⁹ Così, G. SILVESTRI, *Relazione*, cit., 2.

⁶⁰ Cfr. A. PIZZORUSSO, *La magistratura*, cit., 999.

⁶¹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Su alcune*, cit., 1059.

⁶² In tal senso, v. R. 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. n. 219/2017*, Roma 2019, 42.

⁶³ Ancora A. PIZZORUSSO, *La magistratura*, cit., 998.

democratici dai partiti di ispirazione populista, con programmi che – sebbene non in tutto convergenti – esprimono «un rovesciamento perverso degli ideali e delle procedure della democrazia»⁶⁴. Tale allarmante fenomeno mostra come anche le democrazie consolidate «rischino gravi crisi di sopravvivenza, se non sorrette [...] da istituzioni in grado di tutelare il nucleo invariante di principi posti a base dello stesso sistema democratico»⁶⁵. Le istituzioni di garanzia, e la magistratura tra queste, mirano per l'appunto – attraverso l'esercizio delle rispettive competenze – a far sì che la democrazia sia messa in condizione «di non aver paura di se stessa»⁶⁶.

Nel caso dei magistrati, per lo svolgimento di tale arduo compito appare fondamentale l'elaborazione di argomentazioni che, attingendo all'evoluzione del dibattito dottrinale, rinsaldino l'ordito della motivazione delle loro decisioni, soprattutto quando si tratti di risolvere controversie di particolare complessità. La *ratio decidendi* dei provvedimenti giurisdizionali apparirà tanto più persuasiva quanto più elevata sarà la coerenza con ricostruzioni su cui si registra una tendenziale convergenza nella discussione tra i giuristi: la caratura scientifica delle tesi sostenute dal magistrato rinsalda la sua legittimazione e, di riflesso, consolida anche quella dell'intero potere.

Sembra allora che la logica binaria dei sistemi di IA possa offrire un ausilio modesto ai magistrati nell'adempimento dell'obbligo costituzionale di motivare i loro provvedimenti: per svolgere questa operazione, delicata e complessa al tempo stesso, sembra proprio che la risorsa principale cui essi possono attingere resti l'infinita potenzialità racchiusa nella finitezza dell'intelligenza umana⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia* (2006), tr. it., Roma 2012, 189.

⁶⁵ Cfr. G. SILVESTRI, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 4/2017, 23.

⁶⁶ Cfr. G. SILVESTRI, *Consiglio*, cit., 24.

⁶⁷ Cfr. A. SCHIAVONE, *Progresso*, Bologna 2020, 108.

Eleonora Rinaldi

Il principio di sussidiarietà verticale alla prova dell'emergenza interna* **

Abstract: *This essay, moving from the analysis of methods used by the State to counter the spread of the SARS-Cov-2 virus, deals with the difficulties arose during pandemic in preserving the regional framework, highlighting how these difficulties are imputable, at least in part, to the mechanisms for the protection of unitary needs set by the reform of Title V., p. II of the Constitution.*

Such mechanisms show certain limitations, when the protection of supra-regional interests is imposed as an 'administrative problem', both in ordinary situations and in emergencies.

Therefore, it follows the need to redress not only the compatibility of the solutions identified with the crisis management, but also the political-institutional significance of these solutions which involve, in addition to the pandemic, the future of our form of state.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I poteri amministrativi impiegati dallo Stato per affrontare la crisi sanitaria. – 3. Il ruolo delle Regioni nell'attuazione delle misure di contrasto alla diffusione del virus. – 4. Segue. La recrudescenza della pandemia e l'intervento del giudice costituzionale. – 5. L'esigenza di implementazione uniforme delle misure dettate dalla legislazione emergenziale.

1. Premessa.

La tenuta del riparto costituzionale di competenze tra Stato e Regioni costituisce uno dei temi più dibattuti dall'inizio dell'emergenza sanitaria e solleva numerosi problemi, idonei ad alimentare altrettanti itinerari di ricerca¹.

Si rinnova, anzitutto, la riflessione sulla configurazione organizzativa del sistema di protezione del diritto alla salute che, inteso al tempo stesso come posizione soggettiva individuale e interesse della collettività (art. 32 Cost.), rileva nella sua polivalenza strutturale², impone di affrontare in modo conseguente il profilo dell'imputazione soggettiva del dovere di tutela del bene in quanto questo coinvolge ambiti materiali ulteriori rispetto alla voce dell'art. 117, comma 3, Cost. e plurimi titoli competenziali³.

Il concreto atteggiarsi del rapporto tra Stato ed enti territoriali durante la pandemia da *Covid-19* ne rappresenta una concretizzazione emblematica; all'espansione del ruolo del centro (soprattutto del Governo) per fronteggiare la crisi sanitaria in senso stretto si è infatti giustapposta l'azione delle Regioni e degli altri enti territoriali; non solo per gestire l'organizzazione del sistema sanitario ma le misure di confinamento domiciliare, la chiusura per un periodo variabile delle attività produttive, lo svolgimento dell'educazione a distanza⁴.

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

** Lo scritto costituisce una rielaborazione della relazione "Poteri emergenziali del Governo e riparto territoriale delle competenze: il rapporto tra Stato e Regioni nel contesto pandemico", tenuta al Convegno su "Emergenza pandemica e forma di governo: la verticalizzazione del potere tra tendenze sistemiche e discontinuità", 18 ottobre 2021, Università 'La Sapienza' di Roma.

¹ Per un'analisi recente, v. P. MASALA, *I diritti fra Stato e Regioni nell'emergenza sanitaria, a vent'anni dalla revisione del Titolo V: quali lezioni possono trarsi e quale "ribilanciamento" occorre realizzare, per una più efficace garanzia dell'eguaglianza sostanziale?* in Costituzionalismo.it n. 1/2021, 137 ss.

² Sul diritto alla salute come diritto fondamentale che «nasconde» una pluralità di diritti soggettivi», la dottrina è cospicua e non riassumibile in questa sede; tuttavia, si vedano almeno A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, 95 ss. e 141 ss.; M. LUCIANI, *Salute (Diritto alla salute – Dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVII, 1992, 1 ss. e più di recente IDEM, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in Rivista AIC, n. 3/2016, 1 ss.

³ Così anche D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in Osservatorio costituzionale, n. 1/2018, 29 gennaio 2018, 2.

⁴ Su quest'ultimo profilo, in particolare, v. le riflessioni di R. CALVANO, *L'istruzione, il Covid-19 e le diseguaglianze*, in Costituzionalismo.it, n.3/2020, 57 ss.

Non mi occuperò di ciascuno dei profili rilevanti ma, muovendo dalle modalità dell'intervento statale in funzione di contrasto della pandemia, mi concentrerò su alcune criticità ravvisabili nei meccanismi predisposti per garantire una protezione uniforme del diritto alla salute, evidenziando come le difficoltà di tenuta del nostro Stato regionale si debbano ad attriti e malfunzionamenti da tempo condizionanti l'adeguatezza dei meccanismi di tutela di esigenze unitarie quanto queste si impongono come 'problema amministrativo', tanto in situazioni ordinarie, quanto (*a fortiori*) in contesti emergenziali⁵.

Ne discende l'esigenza di una riflessione riguardante non solo la compatibilità delle soluzioni individuate con la gestione dei momenti di crisi, ma il significato politico-istituzionale delle stesse⁶ che, oltre la pandemia, involge il futuro della nostra forma di Stato⁷.

2. I poteri amministrativi impiegati dallo Stato per affrontare la crisi sanitaria.

È noto ormai che tra i diversi poteri utilizzabili per arginare la diffusione del *virus* si privilegia, nella fase iniziale della pandemia, il potere amministrativo di ordinanza spettante al Ministro della salute «in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni» (così l'art. 32, comma 1, l. n. 833 del 1978)⁸.

Si tratta di uno strumento estremamente duttile che non caso rimane, anche dopo l'istituzione del *Sistema nazionale di protezione civile* - in varie occasioni riformato -, assai rilevante in caso di epidemie.

Quando il *virus* Sars-Cov-2 inizia a diffondersi, le prime ordinanze sono adottate in questa forma; l'ordinanza del 27 gennaio 2020 che impone la quarantena di 14 giorni a chi faccia rientro dalla Cina; l'ordinanza del 30 gennaio che sospende tutti i collegamenti aerei tra l'Italia e la Cina (dopo i primi due casi di contagio in Lombardia); infine, l'ordinanza del 12 febbraio con cui si assicura la validità dell'anno scolastico 2019-20 agli studenti di ogni ordine e grado che, di ritorno dalle aree a rischio di contagio, si sottopongano a misure di sorveglianza da parte del Dipartimento di prevenzione dell'ASL⁹.

A questi provvedimenti segue, sempre con efficacia sull'intero territorio nazionale, in ragione delle difficoltà di tracciamento territoriale della malattia, l'ordinanza del 21 febbraio 2020, che impone la quarantena obbligatoria con sorveglianza attiva di 14 giorni agli individui che abbiano avuto contatti stretti con casi confermati di Covid-19.

Al 21 febbraio 2020 risale anche la prima ordinanza istitutiva di una 'zona rossa' nei Comuni lombardi interessati da un focolaio di Covid-19; quest'ultima dispone non solo il divieto di entrata ed uscita dal territorio, ma la sospensione di tutte le attività lavorative, ludiche, sociali ed educative ad eccezione dei corsi universitari con frequenza in modalità telematica.

In quanto sicuramente incidente su competenze regionali, l'atto è adottato dal Ministro della salute d'intesa con il Presidente della Regione ed è seguito, il 23 febbraio, da provvedimenti di analogo

⁵ Cfr., F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in Costituzionalismo.it, n. 1/2020, 130 ss. e più di recente, F. BILANCIA, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2021, 41 ss.

⁶ In questa prospettiva, cfr. F. TRIMARCHI-BANFI, *Sul regionalismo cooperativo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2021, 130 ss.

⁷ Su questo aspetto, da ultimo, P. POPELIER, *Federalism. A New Theory for coesion and regional autonomy*, Routledge, 2021, 12 ss.

⁸ Sulla diffusa applicazione del potere di ordinanza in materia sanitaria, anche prima della pandemia, ampiamente, E. C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019, 93 ss.

⁹ Una ricostruzione puntuale degli interventi di questa prima fase è in M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, Paper del 18 marzo 2020, 2 ss.

contenuto riguardanti i comuni di altre Regioni (Veneto, Piemonte, Emilia-Romagna e Liguria), pure adottati d'intesa con i Presidenti delle rispettive Giunte¹⁰.

L'esercizio dei poteri emergenziali intraprende inoltre altre due strade.

Una di queste, immediatamente collegata alla delibera dello stato di emergenza nazionale del 31 gennaio 2020, attiva il potere di ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile, da questo momento autorizzato ad emanare tutti i provvedimenti necessari a coordinare la realizzazione degli interventi finalizzati a fronteggiare l'epidemia «in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico» (art. 25 del *Codice della protezione civile*)¹¹.

Infine, matura l'idea di affrontare la crisi sanitaria attraverso una normativa *ad hoc*.

È approvato così il decreto-legge 23 febbraio 2020, n.6 recante «*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*» che, nel disciplinare le misure volte ad arginare la pandemia, introduce poteri 'nuovi', funzionali ad affrontare la crisi in modo diverso da quanto sarebbe possibile fare attraverso l'adozione di ordinanze in materia di sanità e di protezione civile.

In particolare, l'attuazione delle norme recanti in astratto le misure di contenimento della diffusione del *virus* è demandata al Presidente del Consiglio dei Ministri che, all'esito di un procedimento delineato dalla fonte superiore, può emanare atti della durata massima di trenta giorni.

Com'è stato ampiamente evidenziato, tale opzione diviene assorbente, sovrapponendosi non solo al potere di ordinanza in materia di protezione civile, funzionalmente riferito ad esigenze diverse, ma a quello in materia sanitaria che, espressione parziale degli interessi coinvolti dalle misure di contenimento, potrà essere esercitato - solo sul presupposto della necessità e urgenza - dal Ministro della salute con efficacia sull'intero territorio nazionale, nonché dai Presidenti delle Regioni e dai Sindaci per rispondere ad esigenze specifiche dei rispettivi territori¹².

Le restrizioni imposte si collocano al crocevia di plurimi titoli competenziali ma, in ragione della gravità della situazione, comprimono le prerogative degli enti territoriali.

Il Governo, accantonati i moduli cooperativi ampiamente sperimentati nei settori *protezione civile* e *tutela della salute*, incentrati sul raggiungimento di intese con le Regioni, sceglie infatti di semplificare le modalità di coinvolgimento di queste ultime e dispone che i d.p.c.m. attuativi della fonte primaria siano adottati *sentiti* il Presidente della Conferenza delle Regioni, in caso di provvedimenti riguardanti l'intero territorio nazionale, oppure *sentiti* i Presidenti della Regioni

¹⁰ Ancora M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 3.

¹¹ Ai sensi dello stesso articolo, anche il Presidente del Consiglio dei Ministri può adottare ordinanze, in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e del diritto dell'Unione Europea. La delibera dello stato di emergenza di rilievo nazionale del 31 gennaio 2020 indica tuttavia nel Capo del Dipartimento della Protezione civile l'organo che eserciterà il potere di ordinanza. Le ordinanze di protezione civile devono essere specificamente motivate e, per quanto qui rileva, presuppongono anch'esse l'acquisizione dell'intesa con le regioni interessate, dovendo indicare espressamente le principali norme di legge cui intendono derogare. Su questi aspetti, ampiamente, ancora E. RAFFIOTTA, *op. ult. cit.*, 113 ss. e da ultimo, A. SAITTA, [Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021](#), in questa *Rivista*, 2021/III, 841 ss.

¹² Le indicazioni bibliografiche sulla «catena normativa dell'emergenza» sono quantitativamente cospicue e non ne darò conto compiutamente; mi limito a rinviare ai contributi letti durante la fase acuta della crisi sanitaria, in particolare a M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Diritto costituzionale in trasformazione*, in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, [II. Il diritto pubblico della pandemia](#), Genova, Consulta Online, 2020, 9, (cui si deve anche l'uso del virgolettato); C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti tra Stato e Regioni*, in [Diritti Comparati](#), n. 2/2020, 45 ss.; F. SORRENTINO, *A proposito dell'emergenza 'coronavirus'*, *Diritto costituzionale in trasformazione*, in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, [II. Il diritto pubblico della pandemia](#), cit., 1 ss. ed alle relazioni su "Gli intrecci talvolta problematici tra fonti primarie e secondarie" e "La questione delle linee-guida" presentate da L. CUOCOLO, A. MANGIA e D. MORANA, C. BOTTARI, C. SGROI, L. VIOLINI, F. SORRENTINO al XVIII Convegno nazionale di diritto sanitario, dedicato a *Le fonti del diritto alla prova della pandemia*, Alessandria, 16-17 ottobre 2020 (al momento disponibili all'indirizzo <https://www.facebook.com/pg/Dirittosanitarioalessandria/posts/>).

competenti, laddove i provvedimenti riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni¹³.

È una scelta chiaramente ispirata dall'esigenza di garantire decisioni uniformi, tempestive ed efficaci; ciononostante, può ancora ritenersi che il d. l. n. 6 attribuisca poteri ampi agli enti territoriali, in quanto inclusi tra le autorità competenti ad adottare ulteriori misure 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»¹⁴.

Al tempo stesso, si riconosce ai Presidenti di Regione e ai Sindaci la possibilità di esercitare i poteri di ordinanza contingibili e urgenti attribuiti da leggi preesistenti che consentono di intervenire anche in deroga alla legge; nei casi di estrema necessità e urgenza¹⁵, nelle more dell'adozione dei d.p.c.m. e purché sia comunicata l'adozione del provvedimento al Ministro della salute nelle 24 ore successive, pena la perdita di efficacia dello stesso¹⁶.

Certamente, il concorso temporaneo tra atti statali e regionali evoca una sorta di primazia gerarchica dell'atto statale perché le ordinanze locali non tempestivamente comunicate divengono inefficaci¹⁷; ciononostante, l'intreccio di competenze statali e regionali in materia di protezione civile e tutela della salute, la mancanza di una clausola costituzionale di supremazia statale e il ruolo politico dei presidenti di regione possono dirsi all'origine di una produzione convulsa di ordinanze locali che non alimenta, in prima battuta, un significativo contenzioso giurisdizionale solo in ragione del «sostanziale *agreement*»¹⁸ relativo all'opportunità di desistere, in questo momento storico, dall'intraprendere la via giurisdizionale, benché l'interlocuzione lungo la faglia politica sia spesso aspra¹⁹.

La concentrazione di competenze normative e amministrative in capo al Governo dischiude del resto numerosi problemi, riguardanti la proporzionalità del sacrificio imposto a numerosi diritti costituzionali in nome di una risposta uniforme alla diffusione del virus²⁰ e le modalità prescelte per garantire la concertazione tra Stato ed enti territoriali, in quanto protese a valorizzare sedi

¹³ I moduli cooperativi classici sono già disattesi in occasione della delibera dello stato di emergenza di rilievo nazionale e in fase di adozione delle ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile. La compressione delle prerogative degli enti territoriali in situazioni di emergenza di rilievo nazionale costituisce peraltro una questione risalente su cui la dottrina costituzionalistica e la stessa giurisprudenza costituzionale si sono già soffermate in numerose occasioni. Sul versante giurisprudenziale, mi sembra tuttavia che, sebbene anteriore alla riforma del Titolo V, p. II della Costituzione, il *leading case* rimanga la sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale (con nota di G. U. RESCIGNO, *Sviluppo e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2189 ss.). In dottrina, con specifico riguardo alle ripercussioni che la legislazione dell'emergenza ha avuto sull'assetto delle competenze statali e regionali, v. invece, F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato-Regioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2020, 330 ss.

¹⁴ Così l'art. 2, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6.

¹⁵ V. l'art. 3, comma 2, d.l. n. 6/2020.

¹⁶ Questa previsione è inserita dalla legge di conversione n. 13/2020.

¹⁷ La comunicazione al Ministro della Salute non risponde al riconoscimento all'organo di vertice dell'ente territoriale di un potere di co-decisione paritario, ma all'esigenza di consentire una sorta di controllo sull'atto dell'autorità periferica, cfr. C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2021, 283 ss.

¹⁸ Il virgolettato è in A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in *Diritti regionali*, n. 2/2020, 86 ss., 90.

¹⁹ Cfr. B. BALDI - S. PROFETI, *Le fatiche della collaborazione. Il rapporto stato-regioni in Italia ai tempi del Covid-19*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, n. 3/2020, 277 ss., 290.

²⁰ In realtà, l'adozione delle ordinanze regionali formalmente protese a garantire misure differenziate in ragione del diverso andamento della curva epidemiologica si rivela per lo più dissociato dalla diffusione del virus; paradigmatico il caso della Regione Marche, in cui il 26 febbraio 2020, in assenza di contagi, il Presidente impone misure restrittive di contenuto analogo a quanto previsto nelle c.d. zone rosse. Altre frizioni riguardano la dialettica tra il Governo nazionale e le regioni Lombardia (relativamente all'estensione delle zone rosse), Veneto (per le modalità di somministrazione dei tamponi), Friuli Venezia-Giulia (in cui il Presidente dichiara lo stato di emergenza regionale senza concordarlo con il Governo), cfr. M. DI GIULIO, *Per non sprecare una crisi. L'emergenza COVID-19, i rapporti centro-periferia e le lezioni che dovremmo apprendere*, in *il Mulino*, 23 marzo, 2020.

interregionali di raccordo e momenti di negoziazione con le singole Regioni a discapito di un confronto imperniato sulla Conferenza Stato-Regioni o sulla Conferenza Unificata²¹.

In seguito, il d. l. 25 marzo 2020 n. 19 abroga il decreto n. 6 in ragione dei consistenti (e fondati) rilievi riguardanti la legittimità costituzionale di alcune previsioni che non tipizzano adeguatamente le ipotesi di restrizioni a diritti fondamentali²²; il potere di ordinanza regionale rimane tuttavia confermato dal decreto-legge²³, secondo cui i provvedimenti locali (*recte*: regionali) potranno essere adottati solo «in casi di *estrema necessità e urgenza*» e con efficacia limitata nel tempo, cioè «nelle more dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri»²⁴.

Si puntualizza al tempo stesso che le eventuali ordinanze regionali dovranno scegliere le misure di contenimento tra quelle elencate dal decreto-legge²⁵.

Gli incisi «in casi di *estrema necessità e urgenza*» e «*nelle more dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*», (già presenti invero nel decreto-legge n. 6), sollevano entrambi questioni interpretative; per il primo («in casi di *estrema necessità e urgenza*»), la soluzione più convincente circoscrive la possibilità di impiego dei poteri ricordati ai casi in cui la situazione sia divenuta talmente urgente («*estrema*»), da rendere intempestiva perfino l'adozione di un decreto del Presidente del Consiglio, imponendo l'intervento immediato del Ministro della salute ma anche di un Presidente di regione se l'estensione territoriale dell'aggravamento non è sovra-regionale²⁶.

La locuzione «*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*», sottende invece i continui mutamenti del quadro epidemiologico, in ragione dei quali gli stessi d.p.c.m. attuativi delle misure emergenziali hanno efficacia temporalmente limitata.

²¹ Fin dal primo decreto-legge, il Governo adotta la prassi di consultare le Regioni attraverso la Conferenza delle Regioni (*recte*: il suo Presidente). Il Presidente della Conferenza diviene dunque co-protagonista di un'interlocuzione diretta e informale con il Governo, con tutto quello che ne deriva sul piano del sacrificio impresso agli interessi delle stesse Regioni e sul versante interno alla forma di governo regionale, visto che la Conferenza delle Regioni è formata esclusivamente dai rappresentanti degli esecutivi, marginalizzando il ruolo dei Consigli. Permangono peraltro, i limiti «classici» della Conferenza delle Regioni come organo di raccordo inter-istituzionale, riferibili sia all'adeguata rappresentazione degli interessi degli enti territoriali che all'attitudine dell'organo ad assolvere ad un'adeguata funzione di governo del sistema autonomistico (sottraendosi a tentazioni settoriali). Gli interessi delle diverse Regioni sono assorbiti e irrigiditi nella posizione comune espressa dal Presidente (stretto tra la volontà di manifestare la volontà complessiva del sistema e quella della Regione che rappresenta), e tende a prevalere una concezione protezionistica e corporativa dell'autonomia, da rivendicare in contrapposizione alle scelte dell'ordinamento complessivo. Su questi aspetti, ampiamente, ancora C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, cit., 296 ss.

²² I rilievi critici formulati in questa direzione sono numerosi; oltre agli Autori citati in nota 12, cfr. R. BALDUZZI, *Indicazioni per un'agenda del "dopo"*, Editoriale, in [Corti supreme e salute](#), n. 1/2020, 3; 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](#) n. 3/2020, 28 aprile 2020, 174 ss.; e A. D'ANDREA, *Protezione della salute, restrizioni della libertà personale e caos normativo*, in [Giustizia insieme](#), 24 marzo 2020.

²³ Occorre tuttavia ricordare che la possibilità di adottare ordinanze regionali «*nelle more*» dell'adozione dei d.p.c.m. attuativi di un decreto-legge è temporaneamente esclusa dal d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (, che rafforza la centralizzazione adottando misure straordinaria valide (senza deroghe di sorta) per l'intero Paese, così B. BALDI – S. PROFETI, *Le fatiche della collaborazione. Il rapporto stato-regioni in Italia ai tempi del Covid-19*, cit., 289. Allo stesso segue il d.p.c.m. del 9 marzo 2020 che estende all'intero territorio nazionale le misure previste dalla fonte primaria, suscitando le reazioni dei Presidenti di regione che lamentano scarsa informazione e inadeguato coinvolgimento.

²⁴ Sempre il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 sottolinea il potere di proposta delle regioni ai fini dell'adozione delle misure contenute nei d.p.c.m., cfr. U. ALLEGRETTI – E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 1/2020, 537 ss.

²⁵ L'elencazione delle misure utilizzabili contenuta nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19 induce a propendere per una qualificazione degli atti di attuazione come *atti necessitati*, piuttosto che ordinanze contingibili e urgenti (così la sentenza della Corte costituzionale n. [198 del 2021](#)), recuperando la nota distinzione di M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Civili*, vol. XXVII, 1948 (I° quadrimestre), ripubbl. in ID., *Scritti*, vol. II, Milano 2002, 949 ss.

²⁶ È l'interpretazione proposta da S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Diritto costituzionale in trasformazione*, in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, [II. Il diritto pubblico della pandemia](#), cit., 44.

Sono in proposito suggerite due chiavi di lettura; la prima protesa a preservare l'efficacia dell'ordinanza regionale finché non intervenga una nuova disciplina statale che coinvolga l'intero settore nel quale la Regione, nelle more, ha provveduto ad adottare proprie misure «ulteriormente restrittive» (fra quelle elencate dall'art. 1 del d.l. n. 19); la seconda, formalizzata dall'art. 3 del decreto-legge n.19, che ritenendo vigenti le norme poste dalle autorità periferiche «sino all'implicita abrogazione generata dall'entrata in vigore di norme incompatibili», impone di ritenere il venir meno dell'ordinanza regionale in ogni caso di puntuale incompatibilità con un d.p.c.m. statale.

Al d.l. n. 19/2020 (art. 3, comma 3) si deve infine l'innovazione più rilevante nella sistemazione del potere amministrativo di contrasto della pandemia; in virtù della previsione secondo cui «le disposizioni di cui al presente articolo si applicano agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza dei poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente», il decreto-legge si abilita infatti come unica fonte sulla produzione di ordinanze contingibili e urgenti, marginalizzando sia il potere disciplinato dall'art. 32, l. n. 833 del 1978, che quello spettante ai sensi degli artt. 117, d. lgs. 112 del 1998 e 50, d. lgs. 267 del 2000 in relazione ad emergenze di carattere esclusivamente locale.

Il quadro istituzionale di fondo può dirsi a questo punto definito; il Governo monopolizza la determinazione e l'attuazione dell'indirizzo politico-amministrativo relativo alla gestione della crisi sanitaria²⁷; con l'adozione, ove occorra, di nuovi decreti - legge e grazie all'accentramento della competenza relativa all'adozione in concreto delle misure di contenimento del rischio pandemico²⁸.

3. *Il ruolo delle Regioni nell'attuazione delle misure di contrasto alla diffusione del virus.*

Al descritto accentramento alcune Regioni reagiscono sin dalle prime settimane dell'emergenza²⁹.

Non impugnano però i decreti - legge recanti «*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*»; la reazione si cristallizza sull'impiego del potere di ordinanza, potenzialmente idoneo a consentire l'adozione di misure differenziate in ragione del diverso grado di diffusione del *virus* nei territori³⁰.

Le numerose ordinanze regionali della c.d. 'fase 1' della pandemia smentiscono però questa chiave di lettura, in quanto le decisioni dei 'Governatori' sono tendenzialmente dissociate dall'andamento della curva epidemiologica nel Paese.

Studi condotti sulla produzione di tali provvedimenti evidenziano invece due linee di tendenza diverse³¹, la prima delle quali, consistente nell'adozione di provvedimenti regionali meramente *riproduttivi* delle misure già adottate a livello nazionale, è chiaramente ispirata dalle ansie di protagonismo mediatico riconducibili ad alcuni Presidenti³².

²⁷ Sull'accentramento delle competenze come reazione costante degli ordinamenti composti in situazioni di crisi, insiste F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, cit., part. 346 ss.

²⁸ Così anche U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena 2021, 40-41.

²⁹ Per un'analisi degli episodi più eclatanti di conflittualità tra provvedimenti statali e regionali, volendo, il mio *Gli interventi extra ordinem del Governo in tempo di pandemia come strumento di tutela dell'interesse nazionale e l'incidenza sul rapporto Stato-Regioni*, in [Rivista italiana per le scienze giuridiche](#), n.11/2020, 147 ss.

³⁰ L'attivismo eccessivo di alcuni Presidenti ma anche dei Sindaci è comprovato da svariate iniziative che, dall'ordinanza del Presidente della Regione Valle d'Aosta, quelle dei Sindaci di Ischia e Messina, sono fatalmente dimentiche del tenore letterale dell'art. 120 Cost.; la volontà di arginare il concreto esercizio del potere di ordinanza si traduce successivamente in una previsione che sancisce per un verso l'inefficacia delle ordinanze dei Sindaci difformi dai d.p.c.m. (con una disciplina temporanea vigente per circa due mesi), riscrivendo, per altro aspetto, il ruolo delle Regioni attraverso i commi 1 e 3 dell'art. 3 del D.L. n. 19.

³¹ Durante i primi sei mesi dell'emergenza COVID-19, il Governo approva 268 provvedimenti; tra gli stessi, i decreti-legge sono 16 e i d.p.c.m. 17; oltre 850 sono le ordinanze regionali e 42 le leggi delle stesse regioni, v. B. BALDI – S. PROFETI, *Le fatiche della leale collaborazione*, 286-287.

³² Su questo aspetto si sofferma subito 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](#), n. 1/2020, 518 ss. Sul problematico intreccio fra comunicazione e precauzione, cfr. inoltre S. FRANCA, *Alcuni spunti in tema di esercizio precauzionale della funzione comunicativa*, in [Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto](#), 20 marzo 2020, 1 ss.

Le ordinanze del ‘secondo gruppo’ sono invece effettivamente *innovative* e benché dissociate dal grado di diffusione del virus sul territorio, esprimono l’aspirazione ad offrire una tutela ‘anticipata’ alle aree in cui si applicano³³.

In quest’ottica, alcuni Presidenti si attengono all’idea che l’emanazione di ordinanze contingibili e urgenti sia consentita solo per fattispecie non contemplate dai d.p.c.m. attuativi dei decreti - legge, altri ritengono di poter disporre in funzione integrativa o derogatoria rispetto alle misure nazionali già adottate, sia di livello primario che secondario, invocando esigenze specifiche dei propri territori³⁴.

Questa linea di tendenza trova conferma anche in seguito all’entrata in vigore del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 che, malgrado la riformulazione di alcune norme del decreto-legge n. 6 finalizzata a chiarire l’ambito di intervento delle ordinanze statali e regionali, non impedisce il susseguirsi di provvedimenti locali protesi a disciplinare in modo contrastante fattispecie già prese in considerazione da un atto dello Stato³⁵.

Il riferimento a misure regionali «ulteriormente restrittive», sebbene associato alle sole misure già elencate dal decreto-legge e comunque delimitato dalla competenza regionale³⁶, non ferma infatti i ‘Governatori’, sempre più inquieti via via che l’emergenza si protrae scuotendo alle fondamenta un sistema economico-sociale già fragile³⁷.

Né la conflittualità segnalata viene meno in seguito all’entrata in vigore del d. l. 16 maggio 2020 n. 33 che, inaugurando la fase delle ‘riaperture’ (destinata a protrarsi fino all’inizio di novembre 2020), amplia il potere delle Regioni di adottare misure differenziate³⁸.

Pur stabilizzando il precedente assetto delle competenze per l’ipotesi di recrudescenza della pandemia, il d. l. 16 maggio 2020, n. 33 incrementa infatti i poteri locali (art. 1, commi 14 e 15); ripristina l’efficacia del potere di ordinanza dei Sindaci e ammette espressamente che, in considerazione delle esigenze dei territori, le ordinanze regionali possano essere adottate «anche in deroga ai d.p.c.m. statali», sia per adottare misure *ampliative*, che per imporre misure *più restrittive*, purché sia informato preventivamente il Ministro della Salute in relazione all’andamento della situazione epidemiologica³⁹.

Le regioni sono inoltre coinvolte nella gestione della ripresa delle attività economiche, produttive e sociali, che dovranno svolgersi «nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a

³³ Ne riferiscono in modo puntuale, B. BALDI – S. PROFETI, *op. ult. cit.*, 290.

³⁴ Cfr. F. MUSELLA, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, in [Diritti regionali](#), n. 2/2020, 109 ss., specie 115 ss.

³⁵ Numerosi esempi di ordinanze regionali in contrasto con d.p.c.m. relativi alle stesse fattispecie, ma anche riproduttive o integrative di previsioni nazionali (e comunque illegittime) sono in M. CAVINO, *Covid-19*, cit., 7, nota 2; e A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all’epidemia*, cit., 86 ss., specie 92 ss., che si sofferma sul contenzioso giurisdizionale scaturente dai ricorsi promossi da singoli cittadini a tutela dei propri diritti costituzionali.

³⁶ L’art. 3, comma 1, d.l. n. 19/2020 dispone infatti «Nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all’articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle attualmente vigenti, tra quelle di cui all’articolo 1, comma 2, esclusivamente *nell’ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l’economia nazionale*».

³⁷ Cfr. ampiamente F. MUSELLA, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, cit., 108 ss.

³⁸ Deve ricordarsi altresì che il contenuto del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, disciplinante le misure della c.d. ‘ripartenza’ è sostanzialmente concertato con le regioni, coinvolte da aprile nella c.d. cabina di regia istituita appositamente dal Governo ed inclusiva di tre Presidenti indicati dalla Conferenza Stato-Regioni.

³⁹ La formulazione della norma relativa al potere di ordinanza delle Regioni (art. 1, comma 16, d.l. n. 33/2020) presenta invero alcune ambiguità; non solo perché - nell’intento di ampliare il margine di intervento degli organi regionali - si attribuisce al solo Presidente della Regione il potere di adottare misure ampliative (esorbitanti dalla gestione dell’emergenza), ma in quanto - «nelle more di decreti del Presidente del Consiglio e tenuto conto dell’andamento della situazione epidemiologica» - le Regioni sembrano poter decidere senza subire il limite, finora esplicitato dall’art. 3, comma 1, d.l. n. 19/2020, dell’ambito delle attività di competenza regionale. Ovviamente, il limite della competenza regionale non richiedeva di essere ribadito ma la formulazione della norma alimenta la creatività dei Presidenti che intendono ‘cavalcare’ la stagione della ripartenza.

prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi», purché le linee guida o i protocolli dalle stesse adottati (eventualmente tramite la Conferenza delle Regioni), siano rispettosi «dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali»⁴⁰.

Durante l'estate pertanto, in seguito alla prima proroga dello stato di emergenza, sopraggiungono numerosi provvedimenti locali che, talora prescrivendo misure meno restrittive⁴¹, talaltra muovendosi in direzione opposta, incrementano la conflittualità preesistente⁴².

In questa seconda fase, l'interlocuzione istituzionale non rimane attestata lungo la faglia politica ma alimenta un consistente contenzioso giurisdizionale, nella definizione del quale il giudice amministrativo assume una posizione prevalente⁴³.

I provvedimenti regionali contrastanti con i d.p.c.m. statali sono spesso impugnati dal Governo e prevedibilmente annullati dai T.a.r. territorialmente competenti⁴⁴; anche se molti di essi potrebbe riferirsi in modo puntuale grazie alla consistente reportistica ormai disponibile, mi sembra sufficiente ricordarne il denominatore comune, consistente (ad avviso di chi scrive) nella pretesa dei Presidenti di ergersi a «difensori delle loro terre», esercitando competenze spettanti allo Stato⁴⁵.

4. Segue. *La recrudescenza della pandemia e l'intervento del giudice costituzionale.*

L'approccio sommariamente ricordato non muta in modo sostanziale nel corso dell'autunno, benché sia introdotto il diverso sistema delle fasce di rischio, tuttora operante con alcune correzioni.

La seconda proroga dello stato di emergenza (disposta con delibera del Consiglio dei Ministri del 7 ottobre 2020, ai sensi dell'art. 24, comma 1 del *Codice della protezione civile*) è recepita dal coevo d. l. 7 ottobre 2020 n. 125⁴⁶, che si segnala per il drastico ridimensionamento della possibilità per le

⁴⁰ Cfr. l'art. 1, comma 14, d.l. 16 maggio 2020, n. 33.

⁴¹ La riapertura dei servizi di ristorazione con servizio al tavolo viene per esempio anticipata con ordinanza della Presidente della regione Calabria e impugnata dal Governo, cfr. T.a.r. Calabria – Sez. I – sent. 9 maggio 2020, n. 841 e, se si vuole, il mio *Sulle ordinanze regionali contingibili e urgenti ai tempi del 'Coronavirus'*, in *Giur. cost.*, n. 5/2020, 2549 ss.

⁴² È, tra i molti, il caso dell'ordinanza del Presidente della regione Sardegna che introduce un obbligo per i viaggiatori in arrivo nella regione consistente nella presentazione del certificato di negatività sierologica al COVID-19, da effettuarsi entro le 48 ore precedenti ovvero successive al viaggio) e in modo diverso, dell'ordinanza del Presidente della regione Sicilia che, nel disporre un ordine di sgombero immediato degli *hotspot* e dei centri di accoglienza dei migranti con contestuale ricollocamento in altri centri fuori dall'isola, motiva con l'impossibilità di mantenere le misure sanitarie precauzionali di prevenzione dei contagi in tali luoghi. Per un'ampia esposizione dei numerosi interventi regionali, v. inoltre il corposo *Dossier* elaborato da *Camera dei deputati, Servizio Studi, Misure sull'emergenza coronavirus*, in <https://temi.camera.it/leg18/provvedimento/iniziativa-per-prevenire-e-contrastare-la-diffusione-del-nuovo-coronavirus.html>.

⁴³ Prevalenza rilevata, già alle soglie della ripartenza, da A. VUOLO, *Il sindacato*, cit., 93.

⁴⁴ L'ordinanza siciliana ricordata in nota 41 è annullata perché lede la competenza dello Stato in materia di organizzazione e gestione del fenomeno migratorio sul territorio italiano, mentre il provvedimento del Presidente della regione Sardegna subisce una sorte analoga in quanto, imponendo obblighi non previsti dalle norme primarie, è in contrasto evidente con la riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost.

⁴⁵ Il virgolettato è in F. MUSELLA, *op. cit.*, 127.

⁴⁶ Il decreto-legge che dispone il prolungamento dello stato di emergenza fino al 31 gennaio 2021 è il d.l. 7 ottobre n. 125 in attuazione del quale intervengono il d.p.c.m. 13 ottobre 2020 e, in seguito, i d.p.c.m. del 3 novembre (la durata dei provvedimenti è ora pari a trenta giorni ma può essere estesa ad un massimo di cinquanta ai sensi del d.l. 158 del 2 dicembre 2020). Così può leggersi nel virgolettato contenuto nel Preambolo del decreto-legge ricordato nel testo, conv. con modificazioni dalla l. 27 novembre 2020, n. 159: «i termini di cui all'articolo 1 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, nella legge 22 maggio 2020, n. 35, all'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, nella legge 14 luglio 2020, n. 74 e al decreto-legge 30 luglio 2020, n. 83, convertito, con modificazioni, nella legge 25 settembre 2020, n. 124». Sul valore di garanzia del coinvolgimento del Parlamento scaturente dalla correlazione tra proroghe dello stato di emergenza ed estensione dei termini di efficacia dei decreti-legge disciplinanti le misure di contenimento della diffusione del virus, v. inoltre U. DE SIERVO, *Il contenimento di Covid-19*, cit., 34, e nota 76 (per indicazioni puntuali degli atti di riferimento).

Regioni di adottare misure ampliative, da questo momento ammesse «nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della salute»⁴⁷.

Tala scelta è certamente dovuta al peggioramento della situazione epidemiologica, ma anche alla tendenza dei Presidenti di alcune Regioni a riproporre, durante la regressione dell'epidemia, le più varie soluzioni di ampliamento delle facoltà relative alle diverse attività economiche e sociali.

Nuove misure stanno per essere adottate e, attraverso l'inserimento di due controversi commi nell'art. 1 del d. l. n. 33 del 2020, saranno differenziate in ragione della collocazione delle Regioni nelle corrispondenti fasce di rischio.

Già l'art. 19-*bis* del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137 (conv. in l. n. 176 del 2020) intitolato «*Misure in materia di salute e sicurezza e altre disposizioni urgenti*» (inserendo il comma 16-*bis* nell'art. 1 del decreto-legge) prevede che il Ministero della salute, con frequenza settimanale, pubblici i risultati del monitoraggio dei dati epidemiologici⁴⁸ e che «con propria ordinanza, sentiti i Presidenti delle regioni interessate, possa individuare «una o più regioni nel cui territorio si manifesta un più elevato rischio epidemiologico e in cui, conseguentemente, si applicano le specifiche misure individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, nella legge 22 maggio 2020, n. 35, aggiuntive rispetto a quelle applicabili sull'intero territorio nazionale»⁴⁹.

A questa previsione segue il d.p.c.m. 3 novembre 2020 («*Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemica da COVID-19*») che introduce una serie di indicatori utilizzati come parametri per stabilire il regime da applicare in ciascuna Regione.

Il sistema degli indicatori è funzionale a stabilire, mediante ordinanze del Ministro della Salute fondate sulla valutazione complessiva dei dati raccolti dalle stesse Regioni e da queste trasmesse al centro, in quale delle zone corrispondenti a regimi di diversa intensità ciascuna Regione debba essere collocata per un periodo di almeno quindici giorni, prima di una nuova valutazione⁵⁰.

Alla luce dello stesso, «L'accertamento della permanenza per *quattordici giorni* in un livello di rischio o scenario inferiore a quello che ha determinato le misure restrittive, effettuato ai sensi del comma 16-*bis*, come verificato dalla cabina di regia, comporta l'applicazione, per un ulteriore periodo di quattordici giorni, delle misure relative allo scenario immediatamente inferiore, salvo che la cabina di regia ritenga congruo un periodo inferiore.»⁵¹.

Benché il preambolo del d.p.c.m. 3 novembre 2020 si preoccupi di dar conto dell'avvenuto coinvolgimento regionale attraverso la partecipazione alla cabina di regia di cui al d. m. 30 aprile 2020 e al d. m. 29 maggio 2020 - «nonché dell'*iter* procedimentale che contempla l'adozione da parte del Ministro della salute, delle relative ordinanze, *sentiti* i Presidenti delle Regioni interessate» -, le

⁴⁷ Così l'art. 1, comma 2, lett. *a*) del d.l. 7 ottobre 2020 n. 125.

⁴⁸ La pubblicazione avviene nel sito internet istituzionale del Ministero e i dati sono comunicati ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati. Il monitoraggio dei dati è a propria volta disciplinato dal decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 112 del 2 maggio 2020.

⁴⁹ Si prevede che la collocazione delle Regioni nelle diverse fasce di rischio avvenga «sulla base dei dati in possesso ed elaborati dalla cabina di regia di cui al decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020 in coerenza con il documento in materia di '*Prevenzione e risposta a COVID-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno-invernale*', di cui all'allegato 25 al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 3 novembre 2020», sentito altresì sui dati monitorati il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020».

⁵⁰ In particolare, l'articolo 2, comma 1 del d.p.c.m. 3 novembre 2020 dispone che l'ordinanza del Ministro della Salute che decide sulla collocazione di ciascuna Regione nella fascia di rischio di livello alto venga adottata «sentiti i Presidenti delle Regioni interessate», ma «sulla base dei dati elaborati dalla cabina di regia di cui al d. m. 30 aprile 2020 e al d. m. 29 maggio 2020», sentito il Comitato tecnico-scientifico sui dati monitorati.

⁵¹ Cfr. l'art. 1, comma 16-*ter*, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33. È infine ammesso che, con ordinanza del Ministro della salute, adottata d'intesa con i Presidenti delle regioni interessate in ragione dell'andamento del rischio epidemiologico, possa essere in ogni momento prevista, in relazione a specifiche parti del territorio regionale, l'esenzione dall'applicazione delle misure di cui al secondo periodo». Accanto alla distinzione 'per colori' del territorio nazionale, si lascia dunque intravedere una possibile modulazione delle misure all'interno della fascia di rischio corrispondente, con tutto quanto può derivarne in termini di differenziazione/adequazione dei provvedimenti adottati, ma anche sul versante del grado di confusione per i cittadini.

nuove disposizioni confermano una gestione centralizzata del rischio sanitario, in virtù della quale le Regioni sono tenute a collaborare con lo Stato attraverso una continua e corretta trasmissione dei dati richiesti dal Ministero della salute e nella gestione delle misure riguardanti la ‘ripartenza’⁵².

Relativamente a queste ultime, risulta confermato anche il potere di indirizzo e coordinamento imputato al Governo dal d.l. 16 maggio 2020, n. 33, per la ripresa delle attività economiche; allo stesso fa capo l’articolato procedimento di approvazione delle linee-guida e protocolli *nazionali* per garantire «lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali», nell’ambito dei quali soltanto possono muoversi i protocolli eventualmente adottati dalla Conferenza delle regioni o dalle singole Regioni⁵³.

La conflittualità inter-istituzionale non cessa pertanto di manifestarsi, benché il processo decisionale prodromico all’adozione di d.p.c.m. e ordinanze del Ministro della salute sia aperto alla partecipazione regionale e all’esigenza di adottare misure differenziate⁵⁴; dopo numerosi interventi del giudice amministrativo, il contenzioso arriva anzi all’attenzione della Corte costituzionale che, grazie al ricorso governativo avente ad oggetto la legge regionale 9 dicembre 2020, n. 11 recante «Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-Cov-2 nelle attività sociali ed economiche delle Regione autonoma Valle d’Aosta in relazione allo stato di emergenza», ha finalmente l’occasione di pronunciarsi sul disegno istituzionale retrostante ai dd. ll. nn. 9 e 33 del 2020.

In disparte i profili processuali del giudizio deciso dalla sentenza n. [37 del 2021](#)⁵⁵, l’aspetto più rilevante sul piano del merito risiede infatti nella soluzione indicata per il governo della coesistenza delle attribuzioni statali e regionali nel contesto pandemico, che muove dall’esistenza di un titolo di

⁵² Tali dati riguardano essenzialmente il monitoraggio giornaliero dell’andamento della situazione epidemiologica e l’adeguatezza del sistema sanitario regionale. Si ridimensionano inoltre le ordinanze ampliative, da questo momento consentite solo nel rispetto dei criteri fissati con d.p.c.m., previa intesa con il Ministro della salute, mentre le ordinanze regionali maggiormente restrittive presuppongono l’accertamento circa l’andamento della situazione epidemiologica sul territorio - in applicazione dei criteri «stabiliti con decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020» - e comunque possono essere adottate solo nel periodo che precede l’emanazione di d.p.c.m. nei casi previsti dall’art. 2 del d.l. n. 19/2020 (previa informazione del Ministro della salute).

⁵³ In modo speculare, i d.p.c.m. sono divenuti atti complessi e integrati da una serie di allegati; istituiscono a propria volta sedi di confronto non previste dalla fonte primaria per consentire la partecipazione al processo decisionale di più soggetti istituzionali, sia interni che esterni al Governo (il d.p.c.m. 2 marzo 2021 dispone per es. l’istituzione, presso il Ministero della salute, di un Tavolo tecnico permanente, composto da rappresentanti del Comitato tecnico-scientifico, dell’Istituto superiore di sanità e delle Regioni e Province autonome interessate, cui è affidato il compito di verificare - attraverso il monitoraggio degli effetti dell’allentamento delle misure anti-contagio - il permanere delle condizioni che hanno determinato la classificazione come zona "bianca" e la necessità di adottare eventuali misure intermedie e transitorie).

⁵⁴ Muove in questa fase essenzialmente dalle imprecisioni e ritardi nella raccolta e comunicazione dei dati incidenti sulla decisione in quanto comportino la decisione di applicare ad uno specifico territorio un regime di restrizioni più o meno severe; cfr. l’ordinanza del Presidente della Regione Abruzzo (ordinanza n. 106 dell’11 dicembre 2020) che, dopo la collocazione in ‘zona rossa’, dispone l’inserimento della regione nella fascia di rischio intermedia (arancione), contestando la valutazione dei dati trasmessi al Ministro della salute. L’obiettivo è autorizzare la riapertura di scuole ed esercizi commerciali. Il Presidente del T.a.r. Abruzzo decide in sede cautelare monocratica, di sospendere il provvedimento giacché sussiste «un preciso interesse giuridicamente tutelato delle amministrazioni statali ricorrenti alla sospensione di un provvedimento che lede direttamente una prerogativa esclusivamente spettante alle amministrazioni statali in base a inequivocabili norme di legge». L’Abruzzo ritorna pertanto in zona rossa ma solo per pochi giorni; il Ministro della salute firma infatti, sempre in data 11 dicembre, un’ordinanza che dal 13 dicembre dispone la collocazione in zona arancione della regione in discorso.

⁵⁵ La legge regionale valdostana, in quanto istitutiva di una catena di regolazione parallela a quella statale in modo da paralizzare l’efficacia di difformi provvedimenti dello Stato, infatti, origina la prima decisione della Corte costituzionale finalizzata a sospendere in via cautelare una legge. Per un’analisi di questo profilo, v. almeno E. LAMARQUE, *Sospensione cautelare di una legge regionale da parte della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. 14 gennaio 2021 n. 4)*, in [Giustizia insieme](#); E. ROSSI, *Il primo caso di sospensione di una legge (regionale): rilievi procedurali su un istituto al suo esordio*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 2/2021, 154 ss.; e P. VIPIANA, *Sospesa per la prima volta l’efficacia di una legge, a quasi diciotto anni dall’introduzione del potere di sospensiva nei giudizi in via principale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), n. 3/2021, 48 ss.

intervento esclusivo in capo allo Stato, la voce *profilassi internazionale*, cui si riconosce carattere prevalente rispetto a tutti altri titoli competenziali⁵⁶.

Ne discende non solo l'ammissibilità di previsioni legislative statali (anche dettagliate) sulle misure di contrasto della diffusione del virus, ma la sicura competenza statale nell'allocazione delle corrispondenti funzioni amministrative attribuibili, ove occorra, al livello di governo centrale - se appaia «secondo il non irragionevole apprezzamento del legislatore statale, inidoneo il frazionamento su base regionale e locale delle attribuzioni» -, o demandate alle amministrazioni regionali vincolate dai criteri fissati dalla normativa statale.

L'auspicato intervento chiarificatore del giudice costituzionale è dunque marcatamente 'centralista'; non solo perché esclude l'ammissibilità di leggi regionali, ma in quanto le competenze amministrative residuano al livello periferico solo se previste dalla legge statale⁵⁷.

L'obbligo di apprestare garanzie procedurali in favore delle Regioni è escluso inoltre 'a monte' e tramutato in mera facoltà; l'effetto è una compressione strutturale delle prerogative regionali, benché le stesse potessero essere circoscritte solo in ragione di quanto richiesto dalla situazione emergenziale.

Questa scelta radicale è certamente dovuta alle caratteristiche della pandemia, che spingono a privilegiare la competenza esclusiva del legislatore statale in luogo della potestà concorrente in materia di *tutela della salute*⁵⁸, cui pure le misure adottate avrebbero potuto essere ricondotte, perché rispondenti alla fondamentale esigenza di salvaguardare il diritto alla salute dei cittadini e in quanto immediatamente connesse all'efficiente erogazione delle prestazioni assistenziali in ambito sanitario.

La Corte costituzionale sceglie tuttavia di applicare il criterio di prevalenza 'a vantaggio' della *profilassi internazionale*, probabilmente in ragione della necessità di giustificare le norme statali allocative delle competenze attuative delle misure di contenimento del rischio pandemico⁵⁹.

Oltre il carattere dettagliato della disciplina approvata dal Governo, rileva cioè la difficoltà di legittimare la 'catena di comando' dell'emergenza (decreti del Presidente del Consiglio dei ministri - ordinanze del Ministro della Salute - residualmente ordinanze regionali), perché la distribuzione del potere amministrativo nelle materie di potestà concorrente dovrebbe avvenire con legge regionale.

In questo caso, una norma di legge statale è infatti ammissibile solo se attuativa del principio di sussidiarietà verticale, in virtù del quale l'attrazione al centro di funzioni amministrative richiedenti un esercizio unitario 'trascina verso l'alto' il potere legislativo di disciplina di quelle funzioni.

⁵⁶ Relativamente al merito, i rilievi critici alla pronuncia non mancano, cfr. G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione"*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), n. 3/2021, 102 ss.; L. CUOCOLO - F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in [Corti Supreme e salute](#), n. 1/2021, 1 ss.; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), n. 2/2021, 10 ss.; A. POGGI - G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con qu possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 4/2021, 231 ss.

⁵⁷ Sulla «duplice esclusività» della fonte statale da un lato e di quella regionale dall'altro, v. già M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sulla potestà legislativa delle Regioni*, Milano 1961, 65 ss.

⁵⁸ Vale oltre tutto la pena di ricordare che non troppo tempo fa un profilo specifico quale l'imposizione dell'obbligo vaccinale è stato ricondotto alla materia concorrente *tutela della salute* (Corte costituzionale, [sentenza n. 5/2018](#)) e che in questa direzione si sono mossi in tempo di pandemia anche i giudici amministrativi pronunciatisi sulle ordinanze regionali confliggenti con d.p.c.m.

⁵⁹ La scelta di una voce di potestà concorrente a sostegno dell'intervento legislativo statale avrebbe imposto peraltro di ri-perimetrare la nozione di principio fondamentale in ragione delle prescrizioni statali dettagliate sulle misure di contenimento. Da tempo, tuttavia, la giurisprudenza costituzionale accoglie una declinazione funzionale dei principi fondamentali, alla luce della quale previsioni dettagliate in rapporto «di coesistenzialità e necessaria integrazione» con le norme di principio possono essere ricondotte alla sfera di competenza dello Stato, se non altro perché la nozione di principio fondamentale non può essere cristallizzata ma dev'essere adeguata al contesto e alle peculiarità della materia. In questa direzione, cfr. la sentenza della Corte costituzionale, n. [336 del 2005](#).

La legislazione emergenziale concretamente approvata non prevede però la conclusione di un'intesa con le Regioni⁶⁰, benché questa sia richiesta da una consolidata giurisprudenza costituzionale nei casi di ri-accentramento sussidiario di determinate competenze amministrative⁶¹; è questa probabilmente la ragione ispiratrice della sentenza n. [37 del 2021](#) che, al fine di escludere l'obbligo di prevedere procedimenti cooperativi adeguati, opta per il carattere prevalente del titolo *profilassi internazionale* e accoglie il ricorso del Governo.

Su questa premessa, la conformità a Costituzione del modello di regolazione introdotto per affrontare la pandemia è del resto ribadita dalla successiva sentenza n. [198](#) che, escluso il monopolio in tale ambito della legislazione in materia di protezione civile, espressamente giustappone a quest'ultima le «nuove risposte normative e provvedimenti»⁶².

Non darò conto dei profili affrontati dalla pronuncia più recente, in quanto in parte eccentrici alle riflessioni svolte in questa sede; per quanto qui rileva, è sufficiente ricordare che le previsioni del Codice della protezione civile e le garanzie partecipative accordate agli enti territoriali in situazioni di emergenza di rilievo nazionale non sono ritenute la sola attuazione possibile del disegno costituzionale e che allo stesso si ritengono conformi anche le più celeri soluzioni disciplinate dai decreti-legge della pandemia.

5. *L'esigenza di implementazione uniforme delle misure dettate dalla legislazione emergenziale.*

Le conseguenze scaturenti dall'applicazione del criterio di prevalenza disvelano i limiti della soluzione adottata; non tanto perché si riconosce l'adeguatezza del coinvolgimento regionale in rapporto «all'ampiezza del fascio di competenze regionali raggiunte dalle misure di contrasto alla pandemia», ma per la «circostanza obiettiva per la quale lo Stato, per lo meno ove non ricorra al potere sostitutivo previsto dall'art. 120 Cost., è tenuto a valersi della organizzazione sanitaria regionale, al fine di attuare le proprie misure profilattiche»⁶³.

Soluzione quest'ultima destinata a far emergere il problema di fondo conseguente all'accentramento di competenze in capo al Governo nazionale e cioè la difficoltà di garantire la direzione politica uniforme dell'attività di attuazione di decisioni politiche prese dal livello di governo centrale.

⁶⁰ In particolare, il modello scelto dai d.d. l.l. nn. 19 e 33 del 2020 per la gestione delle misure di contenimento della diffusione del virus conferma l'allontanamento, già emerso nel periodo precedente la pandemia, dai raccordi cooperativi classici e dal 'sistema delle Conferenze', in ragione delle inadeguatezze di quest'ultimo e del carattere eccessivamente gravoso del procedimento prescritto in caso di ri-accentramento sussidiario di determinate competenze allo Stato. Invero, durante l'emergenza anche le norme del *Codice della protezione civile* sono applicate in assenza di un'intesa raggiunta in sede di Conferenza Stato-Regioni; della stessa non si fa menzione nella prima delibera dello stato di emergenza di rilievo nazionale, né in molte ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile, emanate 'sentito' il Presidente delle Regioni.

⁶¹ Sempre secondo la sentenza n. [303 del 2003](#), le leggi statali disciplinanti le competenze attratte in sussidiarietà sono infatti sottoposte ad uno scrutinio stretto di costituzionalità per verificare «che la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata».

⁶² Cfr. il par. 8.1.1. del *Considerato in diritto*, in cui il giudice costituzionale, richiamando la pronuncia precedente, si esprime in questi termini: «nel riconoscere che la competenza legislativa per il contenimento della pandemia spetta in esclusiva allo Stato giacché attinente alla «profilassi internazionale» ex art. 117, secondo comma, lettera q), Cost., questa Corte ha osservato che il modello tradizionale di gestione delle emergenze affidato alle ordinanze contingibili e urgenti, culminato nell'emanazione del codice della protezione civile, «se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile», essendo «ipotizzabile che il legislatore statale, se posto a confronto con un'emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari, scelga di introdurre nuove risposte normative e provvedimenti tarate su quest'ultima», come appunto accaduto «a seguito della diffusione del COVID-19, il quale, a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l'impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire» ([sentenza n. 37 del 2021](#))»

⁶³ Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. [37 del 2021](#), par. 12 del *Considerato in diritto*.

Né soccorre in questo senso il carattere assorbente della voce *profilassi internazionale*, perché l'interferenza tra attribuzioni statali e regionali, negata al livello di legislazione, riemerge negli strumenti attuativi predisposti dal legislatore, imponendo al Governo nazionale di confrontarsi con gli organi di vertice degli enti territoriali che, in virtù della propria, diretta legittimazione elettiva e del modello di amministrazione implicitamente accolto dal Titolo V, p. II della Costituzione⁶⁴, rivendicano autonomia di indirizzo in questa fase, benché la disciplina dettata dallo Stato sottenda un'attività di esecuzione puntuale⁶⁵.

Da questo punto di vista, la ricordata conflittualità tra ordinanze statali e regionali costituisce anzi la cassa di risonanza di un problema più ampio, in quanto l'autonomia di indirizzo rivendicata nella fase attuativa delle misure di contenimento da molti Presidenti di Regione si esprime attraverso l'organizzazione dell'apparato che, formalizzata da leggi e atti amministrativi preesistenti, condiziona l'implementazione uniforme delle misure (profilattiche) genericamente richiamate nella pronuncia⁶⁶.

Constatazione da cui discende l'esigenza di una riflessione più ampia che, andando oltre le modalità dell'intervento statale durante l'emergenza da *Covid-19*, riguardi immediatamente le scelte operate in fase di riforma del Titolo V, p. II della Costituzione e l'attuazione dei principi costituzionali rilevanti nella disciplina del rapporto tra legislazione e amministrazione.

La crisi sanitaria, economica e sociale scaturente dal *Covid-19*, infatti, non solo drammatizza gli effetti scaturenti dalla scelta di eliminare dal nuovo Titolo V, p. II della Costituzione ogni riferimento espresso all'*interesse nazionale* - sia se inteso come limite di legittimità nelle materie di competenza regionale, quanto se declinato come limite di merito «di portata generale, valevole cioè per tutti i tipi di potestà legislativa regionale»⁶⁷ -, ma chiede di rimeditare i meccanismi elaborati in via giurisprudenziale per consentirne la surrettizia re-introduzione al fine di tutelare interessi sovraregionali nei casi in cui non sia possibile individuare una materia di competenza esclusiva dello Stato cui ricondurre gli stessi⁶⁸.

Nel sistema costituzionale originario, invero, la difficoltà di garantire tutela ad un interesse di dimensione nazionale in materie regionali, veniva risolta attraverso la sostanziale trasformazione di quest'ultimo da limite generale di legittimità di tutte le competenze regionali in presupposto giustificativo dell'intervento legislativo statale.

Con il prevedibile effetto di relativizzare - in un assetto ispirato alla competenza legislativa generale dello Stato e al principio di parallelismo tra funzione legislativa e funzione amministrativa -, il riparto di potestà legislativa, giustificando la riappropriazione totale o parziale di alcuni settori da parte dello Stato, in base all'esistenza di interessi sovra-regionali, anche in assenza di un riferimento espresso agli stessi nelle materie di potestà concorrente⁶⁹.

⁶⁴ Su cui cfr. già M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?* in *Dir. pubbl.*, 2000, 696 ss.

⁶⁵ A mero titolo di esempio, possiamo ricordare che l'implementazione differenziata della campagna vaccinale ha attirato le critiche del Presidente del Consiglio (in data 24 marzo 2021), e che queste sono state seguite da un'ordinanza del Commissario straordinario (adottata il 6 aprile 2021) che ha specificato l'ordine di priorità da seguire tra le diverse categorie di cittadini nella somministrazione dei vaccini.

⁶⁶ Le vicende conseguenti all'attuazione dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario (*ex art. 4 del d.l. 1° aprile 2021, n. 44*) sono da questo punto di vista emblematiche, in quanto la scelta di perseguire la diffusione del vaccino anti-*Covid-19* attraverso la tecnica dell'obbligo incide sulla discrezionalità regionale nell'organizzazione del servizio sanitario, in particolare sulla determinazione delle modalità d'impiego di quanti, pur obbligati, decidano di non vaccinarsi (sull'autonomia regionale nella disciplina dei procedimenti sanzionatori connessi all'inadempimento dell'obbligo, cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. [137/2019](#)).

⁶⁷ Cfr. A. ANZON, *I poteri delle Regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino 2003, 96 ss.

⁶⁸ Nel senso di ritenere che il problema non risieda nell'abrogazione del limite dell'interesse nazionale, in quanto questo «non valeva ad integrare ambiti della potestà legislativa dello Stato», v. però, F. TRIMARCHI-BANFI, *Sul regionalismo*, cit. 132.

⁶⁹ Sul controllo di legittimità costituzionale in riferimento all'interesse nazionale, rinvio ancora ad A. ANZON, *op. ult. cit.*, 100 ss.

All'indomani della riforma costituzionale del Titolo V, p. II della Costituzione, questa modalità di tutela, ispirata dal ritaglio di funzioni amministrative in capo allo Stato, sopravvive attraverso l'art. 118, comma 1, Cost. che, ferma la competenza amministrativa residuale del Comune, consente la ri-allocazione al centro di determinate competenze in nome dell'esercizio unitario della funzione, anche se riguardanti materie attribuite al legislatore regionale (con il noto effetto di trascinamento della potestà legislativa allo Stato)⁷⁰.

Per evitare la totale de-costituzionalizzazione del riparto di competenze amministrative, la giurisprudenza costituzionale impone tuttavia una ri-lettura peculiare del principio di sussidiarietà verticale, in virtù della quale la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'intervento statale deve svolgersi in un procedimento aperto a tutti gli attori istituzionali interessati dal riparto di competenze che deve concludersi con un'intesa tra Stato e Regioni⁷¹.

Ne deriva non solo la creazione di una potestà legislativa ulteriore rispetto ai tipi contemplati dall'art. 117 Cost., ma la necessità di un accordo tra Stato e Regioni in ogni procedimento funzionale a spostare le competenze dal livello comunale ad un livello superiore.

Gli attriti politico-istituzionali scaturenti da questa chiave di lettura sono intuibili e risultano anche di recente confermati; non solo in ragione della tendenziale conflittualità tra rilettura 'dispositiva' del principio di sussidiarietà verticale e principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione⁷², ma delle conseguenze che la soluzione indicata comporta sul versante della forma di governo regionale, riformata nel 1999 e incentrata sulla diretta investitura popolare dell'Esecutivo (confermata da tutti gli Statuti regionali di 'seconda generazione').

Il ri-accentramento sussidiario della funzione amministrativa tende, infatti, a collidere con il potere di direzione politica dell'apparato rivendicato dagli organi di governo regionali e, in particolare nel settore della sanità - in cui il nesso specifico tra scelte organizzative e autonomia di indirizzo politico-amministrativo è negli anni particolarmente valorizzato -, condiziona l'implementazione uniforme delle decisioni politiche adottate dal livello di governo centrale⁷³.

Né può dirsi che il Governo muova da differenti premesse; della differenziazione organizzativa regionale anzi tiene conto in modo evidente, tanto che, intervenendo con numerose misure protese a rafforzare l'assistenza sanitaria non dispone, salvo alcune eccezioni, l'accentramento sussidiario allo Stato di competenze amministrative puntuali.

La legislazione emergenziale contiene invero una disciplina provvisoria, finalizzata per un verso ad immettere nel sistema un'ingente quantità di risorse finanziarie⁷⁴, agevolando per altro aspetto il potenziamento dei sistemi sanitari regionali grazie alle numerose possibilità di deroga alla legislazione previgente (per esempio, in materia di accreditamento delle strutture sanitarie, di assunzione di nuovo personale, di acquisto della strumentazione necessaria)⁷⁵.

⁷⁰ Così la sentenza della Corte costituzionale n. [303 del 2003](#).

⁷¹ In senso critico su questa evoluzione, cfr. almeno A. D'ATENA, *Diritto regionale*, IV ed. Torino, 2019, 202-203.

⁷² È ancora A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 203 a parlare di lettura *dispositiva* del principio di sussidiarietà verticale, in quanto questa dota le Regioni del potere di interdire la riallocazione al centro di determinate competenze.

⁷³ Eppure, l'art. 1, comma 3, della l. n. 833 del 1978 significativamente richiamato dalla sentenza n. [37 del 2021](#), precisa che il Servizio sanitario nazionale è «costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività» [dello Stato, delle Regioni e degli enti territoriali], destinati alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica.

⁷⁴ Sulle criticità emerse nei diversi servizi sanitari regionali durante l'emergenza, in quanto dovute al cronico sottofinanziamento del sistema nel suo complesso, insistono F. TARONI – C. GIORGI, *I regionalismi sanitari nel contesto internazionale: lezioni dalla pandemia*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2020, 37 ss., 52.

⁷⁵ Gli interventi si traducono anzitutto in ripetuti incrementi del fabbisogno nazionale *standard* (con lo stanziamento di ingenti risorse finanziarie); poi nell'accentramento di diversi compiti amministrativi in capo al Dipartimento della protezione civile e al Commissario straordinario per l'emergenza da Covid-19, in particolare per consentire gli acquisti di dispositivi medici, dispositivi di protezione individuale, nonché di quanto necessario per contrastare e affrontare la crisi epidemiologica, anche in deroga alle procedure di acquisto e pagamento normalmente previste (per l'attuazione di tali provvedimenti, i Presidenti di Regione sono nominati soggetti attuatori). Allo stesso fine, sono approvate norme finalizzate ad agevolare il reclutamento del personale sanitario (a tempo determinato), ad ampliare la capacità ricettiva delle strutture ospedaliere (specialmente - ma non solo - i reparti di terapia intensiva), a semplificare le procedure necessarie per l'accreditamento delle strutture realizzate *ad hoc* per la gestione dell'emergenza. È attivato, sempre con

Ne discende, in modo del tutto prevedibile, una risposta diversificata a livello locale; con alcune Regioni che, pur storicamente contraddistinte da un alto grado di efficienza nella prestazione dei servizi sanitari, valorizzano in modo inadeguato le soluzioni messe a disposizione⁷⁶, mettendo il Governo di fronte ad una frammentazione che compromette l'attuazione uniforme delle misure decise a livello statale⁷⁷.

Nella c.d. 'fase 2' della pandemia, l'uniformità dell'assistenza sanitaria è dunque perseguita in modo diretto, attraverso previsioni di carattere organizzativo finalizzate a rafforzare la rete ospedaliera del SSN per l'ipotesi di nuovi picchi pandemici⁷⁸, e guardando all'esigenza di potenziare e riorganizzare la rete dell'assistenza territoriale secondo *criteri uniformi*⁷⁹.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, l'idea retrostante è indirizzare per gli anni a venire le scelte organizzative regionali, in quanto immediatamente condizionanti l'attività di erogazione delle prestazioni sanitarie⁸⁰; ciò emerge da varie disposizioni, da quella riguardante (a) il potenziamento delle azioni terapeutiche e assistenziali a livello domiciliare per «rafforzare i servizi di assistenza domiciliare integrata» anche per i «soggetti affetti da malattie croniche, disabili, con disturbi mentali, con dipendenze patologiche, non autosufficienti, con bisogni di cure palliative, di terapia del dolore, e in generale per le situazioni di fragilità»; a quella sulla (b) sperimentazione delle 'strutture di prossimità' sulla base di un'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, avviare la sperimentazione (per il biennio 2020-21)⁸¹; (c) trova infine un momento centrale nell'approvazione in Conferenza

riferimento all'assistenza ospedaliera, un modello di cooperazione interregionale coordinato a livello nazionale (con il coinvolgimento delle strutture pubbliche e private accreditate) che, valorizzando l'interdipendenza dei sistemi sanitari regionali, è pensato per consentire la redistribuzione del personale che si renda necessaria. Infine, il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. decreto *Liquidità*), disciplina infine procedure semplificate per le pratiche relative alle attrezzature medico-radiologiche; l'obiettivo è accelerare gli adempimenti amministrativi che le strutture sanitarie devono svolgere per l'utilizzo di nuove attrezzature radiologiche, in specie quando interessino le strutture sanitarie e le aree temporanee di emergenza.

⁷⁶ Un'analisi accurata di questo profilo, sebbene specificamente riferita alle regioni Lombardia, Veneto, Piemonte ed Emilia-Romagna, è in M. CASULA – A. TERLIZZI – F. TOTH, *I servizi sanitari regionali alla prova del COVID-19*, in *Riv. it. Pol. Pubbl.*, n. 3/2020, 307 ss.

⁷⁷ Sul rapporto tra funzione di organizzazione e scelte di indirizzo dell'attività, mi sembra che rimangano valide le riflessioni formulate da M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, specie 117: «Come complesso di mezzi per la cura degli interessi generali, l'organizzazione è «modellata» sugli interessi che deve curare, e quindi necessariamente dipende, nella sua concreta configurazione, dal tipo di interessi che sono considerati (che valgono) come generali».

⁷⁸ Sulla base dell'art. 2 del d.l. n. 34 del 2020 (c.d. decreto *Rilancio*), lo stanziamento necessario al potenziamento dell'assistenza ospedaliera è trasferito al Commissario straordinario per il contrasto del Covid-19 che, allo scopo di garantire la massima celerità negli interventi di potenziamento della rete ospedaliera, è autorizzato a delegare i propri poteri ai Presidenti delle regioni e province autonome, in qualità di commissari delegati, a titolo gratuito, nel rispetto delle direttive impartite e delle tempistiche stabilite dallo stesso Commissario. Le Linee-guida dettate dal Ministro della salute forniscono in quest'ottica criteri puntuali (per la redazione dei piani regionali di riorganizzazione delle reti ospedaliere) e danno indicazioni sulle procedure di approvazione e monitoraggio di ciascun Piano di riorganizzazione, nonché sulla sua redazione, prevedendo, in particolare, ai sensi dei commi 1 e 8 del citato art. 2, che le Regioni e le Province autonome sottopongano all'approvazione del Ministero della Salute specifici piani di riorganizzazione della rete ospedaliera a tal fine redatti. Il Governo sceglie di indirizzare l'azione delle Regioni attraverso linee-guida del Ministro della salute e prevede l'approvazione dei *piani regionali di riorganizzazione* nel rispetto di quelle stesse, in modo da garantire una rimodulazione della risposta assistenziale in caso di aumento della domanda nelle fasi successive di gestione della situazione epidemiologica correlata al virus Sars-CoV-2.

⁷⁹ Questo profilo dell'assistenza sanitaria si rivela essenziale nell'azione di contrasto del COVID-19, che dilaga a partire dalle strutture ospedaliere. Le Regioni che adottano un approccio incentrato sull'assistenza territoriale, valorizzando la rete preesistente ma anche predisponendo strutture *ad hoc* (e chiudendo al tempo stesso gli ospedali a rischio), riescono infatti a contenere meglio la diffusione del virus, anche rispondendo all'esigenza di tracciamento territoriale dei contagi, così A. PIOGGIA, *Il decreto Rilancio. Sanità e sicurezza*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2020, 560 ss., 561; nonché M. CASULA - A. TERLIZZI - F. TOTH, *op. cit.*, 331-332.

⁸⁰ Sull'incidenza esplicita dalle scelte organizzative sul «modo di concepire il servizio sanitario, l'individuo bisognoso di salute e persino la società e il suo benessere», ampiamente, A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianza*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1/2020, 37 ss.

⁸¹ Tali criteri impegnano le Regioni ad istituire strutture 'di prossimità' in cui vengono coinvolte tutte le istituzioni presenti sul territorio unitamente al volontariato e ad enti del terzo settore *no profit*, ed ispirate al principio della piena

Stato-Regioni (avvenuta il 6 agosto 2020) del *Piano nazionale di prevenzione 2020-2025*, che punta sul coordinamento e l'integrazione tra ospedale e territorio⁸².

Certamente, la ripermetrazione dell'autonomia organizzativa regionale in materia sanitaria non è di immediata concretizzazione⁸³, ma queste scelte, in quanto esemplificano un'inversione di tendenza nel segno dell'uniformità, promuovono una riflessione sull'assetto istituzionale consolidatosi anteriormente alla crisi e sulla sostenibilità del nostro regionalismo, intesa come idoneità a garantire un livello omogeneo di tutela dei diritti fondamentali⁸⁴.

L'ispirazione complessiva della legislazione emergenziale muove infatti dall'esigenza di affrontare limiti preesistenti; in parte connessi alla declinazione procedimental-dispositiva del principio di sussidiarietà verticale⁸⁵, per altro aspetto scaturenti dall'incompatibilità emersa tra differenziazione organizzativa regionale e carattere *nazionale* Servizio sanitario, che impone l'approvazione di misure volte a correggere gli approdi autonomistici maggiormente contrastanti con l'esigenza di garantire un'assistenza adeguata sull'intero territorio nazionale.

L'impianto istituzionale di fondo della legislazione emergenziale non stupisce ovviamente; né sorprendono le conclusioni raggiunte dalle sentenze della Corte costituzionale n. [37](#) e [198 del 2021](#), in quanto legittimanti un modello «alternativo» di gestione dell'emergenza in ragione dei «tratti del tutto peculiari» di quest'ultima⁸⁶.

Dalle soluzioni previste per la ri-organizzazione del Servizio sanitario nazionale vengono però spunti significativi di riflessione, in quanto la gestione amministrativa uniforme della pandemia sembra aver indotto il Governo a 'riscoprire' le potenzialità insite nell'art. 121, comma 4, Cost. che, con specifico riguardo alla disciplina delle funzioni amministrative, prevede che il Presidente della Giunta *diriga le funzioni amministrative delegate dallo Stato alla Regione, conformandosi alle istruzioni del Governo della Repubblica*.

Questa previsione, introdotta dalla l. cost. n. 1/1999 e in armonia con il vecchio testo dell'art. 118, comma 2 Cost. che contemplava la delega amministrativa dallo Stato alla Regione appare invero difficilmente conciliabile con la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà verticale⁸⁷; in

integrazione sociosanitaria e chiamate a ridurre le logiche dell'istituzionalizzazione a favore della domiciliarità). L'obiettivo è rafforzare l'offerta sanitaria e sociosanitaria a livello territoriale, attraverso l'adozione di piani per garantire l'organizzazione del coordinamento tra i presidi esistenti a livello territoriale, affinché vengano collegati i dipartimenti di prevenzione con i medici di medicina generale e le unità speciali di continuità assistenziale (USCA). Secondo il d.l. n. 34 cit., infine, non solo le Unità speciali di continuità assistenziale istituite durante la fase acuta della pandemia potranno essere confermate dopo la cessazione dell'emergenza, ma per affrontare la convivenza con il virus se ne prevede l'assoggettamento ad uno *standard* nazionale indicato in una unità ogni cinquantamila abitanti.

⁸² All'approvazione del Piano ha fatto seguito istituita una Piattaforma digitale in cui le Regioni potranno inserire i propri piani attuativi relativi all'assistenza territoriale per consentire il previsto monitoraggio ministeriale.

⁸³ In prima battuta, per esempio, il potenziamento dei posti in terapia intensiva disposto dal decreto 'Rilancio' non ha avuto gli approdi sperati (a causa della negligente attuazione da parte delle Regioni che pure erano state orientate in modo puntuale).

La forte crescita degli accantonamenti regionali nel corso dell'anno 2020 evidenziata dal *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica 2021*, elaborato a cura della Corte dei Conti e consultabile in www.cortedeiconti.it, dimostra inoltre che malgrado l'inversione di rotta registrabile sul versante del finanziamento del *fabbisogno nazionale standard*, anche durante la 'ripartenza' la risposta regionale non risulta sempre adeguata, in quanto gli enti territoriali continuano a rispondere alla crisi sanitaria puntando sulle opzioni immediatamente disponibili alla luce delle condizioni di partenza dei propri apparati, depotenziando gli effetti imputabili ad un approccio rinnovato e maggiormente concentrato sull'interesse pubblico ai trattamenti di prevenzione nonché all'erogazione, se possibile, di forme di assistenza direttamente svolte sul territorio.

⁸⁴ Sul rapporto tra distribuzione delle competenze in materia di organizzazione della sanità ed eguale tutela del diritto fondamentale alla salute nel contesto pandemico, cfr., di recente, F. GIGLIONI, *L'organizzazione territoriale per il presidio del diritto alla salute*, in Costituzionalismo.it, n. 2/2020, 99 ss.

⁸⁵ Mi riferisco in particolare alla 'fuga dal sistema delle Conferenze' cui ho accennato nel par. II di questo scritto (cui rinvio per le relative indicazioni bibliografiche).

⁸⁶ Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. [198 del 2021](#), par. 8.1.1. del *Considerato in diritto*.

⁸⁷ Si sottolinea infatti che, in caso di ri-accentramento sussidiario di funzioni, la delega alle Regioni non è utilizzabile perché in contrasto con l'esigenza di esercizio unitario che ha legittimato l'applicazione dell'art. 118, comma 1, Cost., cfr. A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 195.

quest'occasione però sembra aver ispirato l'accentramento in capo al Governo dei compiti di *indirizzo e coordinamento* di determinate funzioni, lasciandone la gestione alle Regioni.

È una soluzione le cui conseguenze politico-istituzionali sono intuibili e, sebbene accettabili 'in tempo di guerra', impongono di guardare alle situazioni ordinarie, giacché ogni eventuale riposizionamento dello Stato sottende la disciplina di sedi e meccanismi di dialogo funzionali all'inserimento di interessi localmente situati in un sostrato di valori comuni⁸⁸

Si tratta di un obiettivo più ampio rispetto a quello prefigurato dagli interventi legislativi sommariamente ricordati e sottende un'analisi del regionalismo 'post-pandemia' alla luce dei limiti finora emersi nei meccanismi di conciliazione tra unità e autonomia.

A vent'anni dall'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3/2001, occorre insomma ritornare sul metodo di governo della coesistenza delle attribuzioni statali e regionali prefigurato dal nuovo Titolo V; con l'impegno di tutti, degli studiosi nel campo del diritto costituzionale e degli attori politico-istituzionali chiamati a concretizzare il modello.

⁸⁸ Le stesse discontinuità individuate nelle norme statali che valorizzano la pianificazione regionale in materia di organizzazione della sanità (per garantire una programmazione delle modalità di soddisfazione dei bisogni di salute nel dopo emergenza) ed in quelle che prevedono un monitoraggio statale su tali scelte, anche se in molti casi a scopo conoscitivo, non esimono da una riflessione su questo profilo. L'investimento nello strumento pianificatorio profila infatti l'auspicata ripresa di attenzione del livello nazionale per il coordinamento nell'organizzazione della sanità, con una riscoperta del ruolo dei principi fondamentali in materia di tutela della salute al fine di circoscrivere l'autonomia di indirizzo politico-amministrativo delle Regioni.

Carla Di Martino

**La semplificazione normativa nel PNRR:
il coinvolgimento dei legislatori regionali tra «progetti bandiera» e «poteri sostitutivi»***

ABSTRACT: *The essay concerns the involvement of Regional Legislators in the implementation of National Recovery and Resilience Plan («Piano nazionale di ripresa e resilienza»), considering regulatory simplification measures programmed by the Plan. In this perspective, it proposes a comparison between the Plan and the Italian Simplification Agenda 2020-2023 and it examines the framework of regional regulatory simplification measures.*

SOMMARIO: 1. Il PNRR e le esigenze di semplificazione normativa: il problematico coinvolgimento delle Regioni. – 2. La semplificazione normativa secondo l'Agenda 2020-2023 e il coinvolgimento dei legislatori regionali: tra «corresponsabilità» e «intese». – 3. Le strategie di semplificazione nel riparto di competenze legislative statali e regionali. – 4. I poteri sostitutivi di cui al c.d. «decreto semplificazioni bis» in rapporto alla previsione di cui all'art. 120 Cost. – 5. La semplificazione normativa a livello regionale: un quadro complesso ed eterogeneo. – 6. Alcune considerazioni intorno alle politiche di semplificazione normativa di livello regionale.

1. Il PNRR e le esigenze di semplificazione normativa: il problematico coinvolgimento delle Regioni.

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza (di seguito, Piano o PNRR)¹ e le misure attuative che sono state adottate (in particolare il decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, di seguito indicato come «*decreto semplificazioni bis*», e il decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, o «*decreto attuazione PNRR*») suscitano stimoli molteplici sul ruolo riconosciuto al legislatore regionale nella definizione ed attuazione delle politiche di semplificazione normativa.

Quando si parla di semplificazione normativa ci si riferisce alla politica di riduzione dello *stock* normativo e di garanzia della «qualità della legislazione».

Il PNRR ha riconosciuto la centralità di tale programma per l'attuazione di tutte le missioni proposte (digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; inclusione e coesione; salute), considerando tale disegno una «*riforma abilitante*» del Piano.

Ha rinvenuto, infatti, nell'eccesso di leggi e nella loro scarsa chiarezza il fattore che ha principalmente ostacolato la crescita e lo sviluppo del Paese.

In questa prospettiva, ha programmato diverse misure rispondenti a precise finalità di semplificazione: dal rafforzamento delle strutture per la semplificazione, al miglioramento dell'efficacia e della qualità della regolazione, alla semplificazione e razionalizzazione delle

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ Sul tema, tra i contributi più recenti, cfr. C. DI COSTANZO, *Prime considerazioni sulla produzione legislativa nell'ambito dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza* in *Osservatorio sulle fonti*, *Fonti dello Stato*, 2/2021; M. TRAPANI, *La governance del PNRR e le Regioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, *Fonti delle Regioni ordinarie*, n. 2/2021; A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2021, 235 ss.; F. CONTE, *L'evoluzione dei principi contabili nazionali nella prospettiva di riforma del PNRR*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021, 21 ss.; M. A. SANDULLI, *Sanità, misure abilitanti generali sulla semplificazione e giustizia nel PNRR*, in *Federalismi.it*, 28 luglio 2021; M. DELLA MORTE, *Il futuro dei territori (e del Sud). Rilanciare rappresentanza e partecipazione per una migliore attuazione del PNRR*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 2/2021, 1 ss.; E. FRASCA, *Il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo tra evoluzioni, tendenze e contraddizioni del diritto dell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 2/2021, 20 ss.; G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 2/2021, 113 ss.; S. STAIANO, *Piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *Federalismi.it*, 14/2021, iv ss.

normative in materia ambientale, di contrattualistica pubblica, di edilizia e urbanistica, agli interventi di abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione.

Nella loro attuazione, ha immaginato una collaborazione delle Regioni per le materie di rispettiva competenza.

Sul piano generale, l'implementazione del PNRR è stata articolata in tre differenti «momenti»: la realizzazione di specifici interventi e delle necessarie riforme è stata assegnata, nelle rispettive competenze, alle Regioni, alle singole amministrazioni centrali interessate (i Ministeri) e agli enti locali; il coordinamento centralizzato per il monitoraggio e il controllo sull'attuazione del Piano è stato affidato al Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato; la garanzia del monitoraggio dell'avanzamento del Piano è stata assegnata, invece, alla Cabina di regia, di cui il PNRR ha programmato la costituzione, insieme ad altre strutture di «Governance» del Piano medesimo.

Le Regioni, dunque, sono state considerate nella prima delle tre fasi attuative che il PNRR ha prospettato.

La cooperazione nell'implementazione del Piano è stata immaginata, tuttavia, in modo che queste non fossero coinvolte nella scelta dei singoli interventi di semplificazione, riservata allo Stato, ma solo nella loro esecuzione.

Tale circostanza ha suscitato la reazione delle Regioni, che in sede di Conferenza Stato-Regioni straordinaria, lo scorso 28 aprile, hanno adottato una «informativa sul PNRR».

Con tale documento, hanno evidenziato «*la necessità di procedere, in tempi rapidi ad un approfondito confronto, complessivo e settoriale, con il Governo per condividere gli obiettivi e le declinazioni delle priorità contenute nel PNRR, definire gli spazi di complementarità tra la programmazione e l'attuazione del Piano e la programmazione e l'attuazione dei fondi strutturali e di investimento europei per il ciclo 2021-2027, con una particolare attenzione alla coesione territoriale e al Mezzogiorno*».

In quella occasione, per altro, hanno sottolineato che «*il Piano è stato elaborato senza procedere ad un opportuno confronto di merito con le stesse che avrebbe assicurato un allineamento e una coerenza anche con le programmazioni regionali, nonché il rispetto effettivo del partenariato istituzionale*», chiedendo «*al Ministro per gli Affari regionali e le autonomie locali di farsi garante [almeno] della fase attuativa del Piano e di istituire, presso il suo Dicastero, tavoli di confronto settoriali di livello tecnico-operativo sulle sei Missioni prioritarie d'intervento definite nel PNRR, per poter conoscere in concreto quali saranno le progettualità che il Governo intende mettere in campo sui territori per ogni missione*»².

Le richieste menzionate sono state solo in parte recepite dalle misure di attuazione del Piano.

Difatti, dal mese di maggio 2021 sono stati attivati presso il Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie i suddetti tavoli tecnici di confronto permanente tra i Ministeri, le Regioni e le Autonomie locali, con lo scopo di «condividere nel dettaglio gli interventi previsti nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e definirne le modalità di attuazione con il coinvolgimento degli enti territoriali (Regioni, Province, Città Metropolitane, Comuni)».

Purtuttavia, è successivamente entrato in vigore il citato «*decreto semplificazioni bis*» che, nell'istituire il menzionato sistema di Governance del Piano, ha disciplinato una serie di poteri sostitutivi dell'Esecutivo, da esercitare qualora le Regioni «ostacolino» la sua attuazione.

Il provvedimento normativo in questione ha, infatti, creato la menzionata Cabina di Regia³, con il compito di garantire il monitoraggio dell'avanzamento del PNRR.

² Sul coinvolgimento, invece, delle Camere nella formulazione e adozione del PNRR, cfr. A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo*, cit., in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), n. 18/2021, 235 ss;

³ Presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri, alla quale partecipano di volta in volta i Ministri e i Sottosegretari di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri competenti in ragione delle tematiche affrontate in ciascuna seduta. Alle sedute della Cabina di regia partecipano i Presidenti di Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano quando sono esaminate questioni di competenza regionale o locale, nonché il Presidente della Conferenza, su questioni d'interesse di più Regioni o Province autonome.

All'organo appena menzionato ha riconosciuto il potere di promuovere il coordinamento tra i diversi livelli di governo e di proporre l'attivazione di poteri sostitutivi del Governo in caso di «mancata adozione di atti necessari all'avvio dei progetti del Piano», ovvero di «ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti» da parte, per quanto in questa sede interessa, di Regioni e Province autonome (art. 2).

Più esattamente, ha disposto un procedimento trifasico: a fronte dell'«inadempimento» di Regioni e Province autonome nell'attuazione degli strumenti di semplificazione ha previsto che il Presidente del Consiglio possa assegnare loro un termine per provvedere non superiore a trenta giorni; in caso di perdurante inerzia, ha riconosciuto al Consiglio dei ministri il potere di individuare l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio, ovvero in alternativa di procedere alla nomina di uno o più commissari *ad acta*, ai quali attribuire, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti o i provvedimenti necessari ovvero di provvedere all'esecuzione dei progetti; tali soggetti, ove strettamente indispensabile per garantire il rispetto del cronoprogramma del progetto, sono stati abilitati a provvedere all'adozione dei relativi atti mediante ordinanza motivata.

Si tratta di un potere di ordinanza, a contenuto atipico, dalla particolare «attitudine derogatoria», atteso che il decreto ha previsto che queste possano essere adottate «in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto dei principi generali dell'ordinamento, delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea (art. 12)».

A questo quadro, il menzionato «*decreto attuazione PNRR*» ha aggiunto il Nucleo per il coordinamento delle iniziative di ripresa e resilienza tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano (c.d. «*Nucleo PNRR Stato-Regioni*»), istituito presso il Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie della Presidenza del Consiglio dei ministri, al fine di assicurare il coordinamento delle relazioni tra «le amministrazioni statali titolari di interventi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e gli enti territoriali» (art. 33).

Si tratta di un organo cui sono stati attribuiti compiti di assistenza alle Regioni e agli enti locali.

A questo, in particolare, è stata affidata l'istruttoria dei tavoli tecnici di confronto settoriali.

Allo stesso, è stato assegnato il supporto di Regioni e Province autonome nella elaborazione di un «*Progetto bandiera*» - documento che queste sono state chiamate ad elaborare, coerentemente con le linee del PNRR, «avente particolare rilevanza strategica per ciascuna Regione e Provincia autonoma».

2. La semplificazione normativa secondo l'Agenda 2020-2023 e il coinvolgimento dei legislatori regionali: tra «corresponsabilità» e «intese».

Per misurare il livello di coinvolgimento assicurato alle Regioni nell'implementazione del PNRR, occorrerà comprendere quale «influenza» queste riusciranno ad esercitare nell'ambito dei menzionati tavoli tecnici permanenti e d'altra parte come verranno interpretati ed eventualmente applicati i poteri sostitutivi di cui al «*decreto semplificazioni bis*».

Può, però, fin d'ora dirsi che nella previsione dell'insieme di controlli, monitoraggi e garanzie del puntuale assolvimento dei compiti e delle funzioni assegnati alle Regioni nell'ambito dell'attuazione del PNRR, l'attuale Governo sembra essere stato mosso dalla condivisibile preoccupazione che queste possano «rallentare» il perseguimento degli obiettivi che il documento di programmazione ha individuato.

Evidentemente, la paura è rafforzata in considerazione del fatto che attraverso il PNRR l'Italia ha richiesto di beneficiare dei fondi di *Next Generation EU* (in parte già riconosciuti al Paese), che

costituiscono risorse messe a disposizione dalle istituzioni «eurounitarie» allo scopo di adattare l'attuale modello economico verso una maggiore sostenibilità ambientale e sociale⁴.

Si tratta infatti principalmente di prestiti, cioè di somme che l'Italia sarà chiamata restituire seppure a tassi agevolati.

La preoccupazione sembra essere stata, allora, quella di creare un contesto in grado di consentire il rispetto delle brevi tempistiche delineate dal Piano, che prevede il puntuale raggiungimento di pressoché tutti gli obiettivi programmati entro il 31 dicembre 2026, momento nel quale si dovrebbero registrare importanti risultati in termini di crescita economica ed occupazionale del Paese, che consentirebbero di disporre delle risorse necessarie al risanamento di questo «debito» nei confronti dell'UE.

Purtuttavia, questa scelta presenta alcuni profili problematici.

Anzitutto, pone alcune difficoltà di coordinamento tra il PNRR e altri recenti programmi di semplificazione.

Il riferimento è, evidentemente, all'Agenda per la semplificazione 2020-2023⁵, programma di semplificazioni condiviso tra Stato, Regioni, Province autonome e Autonomie locali, frutto dell'intesa in Conferenza unificata del 23 novembre 2020, la cui attuazione è affidata ad accordi e intese ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 e dell'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, prodromici a coordinare le iniziative e le attività delle amministrazioni interessate e definire le misure di implementazione da adottare, per favorire l'adozione dei quali è stata disposta la creazione un apposito Comitato interistituzionale⁶.

Oltre alla parziale coincidenza del periodo di riferimento dei due programmi (il PNRR considera il quinquennio 2021-2026, l'Agenda per la semplificazione il triennio 2020-2023), gli ambiti di intervento e gli obiettivi programmati dall'Agenda descrivono alcune missioni poi ricomprese nel PNRR⁷.

Il raccordo tra i due documenti, nel Piano di ripresa e resilienza (adottato pochi mesi dopo l'Agenda), è stato affidato ad un paragrafo intitolato «buona amministrazione», nel quale sono stati menzionati sinteticamente gli obiettivi dell'Agenda ed è stato rilevato che «la pianificazione di

⁴ Per una completa ricostruzione del contesto politico-economico in cui è nato il programma *Next Generation EU* e un'analisi del rapporto tra PNRR e «Stato in economia» si rinvia a A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo*, cit., 239 ss.

⁵ L'Agenda per la semplificazione, originariamente prevista dall'articolo 24 della legge 11 agosto 2014, n. 114 (di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90) in riferimento al triennio 2015-2017, è stata poi riproposta dal c.d. «*decreto semplificazioni*» (decreto-legge n. 76 del 2020) anche per il triennio 2020-2023.

⁶ Si tratta di un organo composto dal «Ministro per la Pubblica Amministrazione o da un suo delegato, dal Ministro per gli Affari regionali o da un suo delegato, dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome o da un suo delegato, dal Presidente dell'ANCI o da un suo delegato, dal Presidente dell'UPI o da un suo delegato». A supporto di tale struttura, l'intesa ha posto il «tavolo tecnico per la semplificazione costituito dai rappresentanti del Dipartimento della Funzione Pubblica, della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, dell'ANCI e dell'UPI», assegnando la segreteria tecnica «all'Ufficio per la semplificazione e la sburocratizzazione del Dipartimento della Funzione Pubblica, in stretto raccordo con l'Ufficio di Segreteria della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, con l'ANCI e l'UPI».

⁷ Difatti, l'Agenda progetta la semplificazione dei controlli sulle imprese, a partire da aree di regolazione di particolare importanza come ambiente, igiene e sicurezza degli alimenti e sicurezza sul lavoro, mediante l'analisi e la diffusione di modelli di razionalizzazione dell'attività ispettiva, entro il 31 dicembre 2022; l'eliminazione degli adempimenti eccessivi, inutili e non più rispondenti alle esigenze di tutela degli interessi pubblici che appesantiscono le attività delle pubbliche amministrazioni, entro dicembre 2022; la standardizzazione e semplificazione della modulistica anche nei settori finora non interessati dall'elaborazione della modulistica unificata (tra i primi ambiti da includere è possibile citare, ad esempio, la modulistica per la banda ultra larga, le autorizzazioni sismica e paesaggistica), al fine di garantire omogeneità sul territorio nazionale e digitalizzazione delle procedure, entro giugno 2023; la semplificazione del «linguaggio amministrativo», al fine di aumentare la chiarezza dei documenti amministrativi, entro il 31 dicembre 2023 e entro lo stesso tempo il raggiungimento di obiettivi di tutela ambientale e *green economy*.

dettaglio e il coordinamento operativo delle attività e la verifica dell'attuazione sono assicurati da un tavolo tecnico istituito ai sensi dell'art. 2 della Intesa sancita in Conferenza Unificata tra Governo, Regioni ed Enti locali (art. 15 decreto-legge n.76 del 2020) che ha l'adottato l'agenda per la Semplificazione. Il tavolo tecnico è composto da cinque rappresentanti designati dalla Conferenza delle Regioni, tre designati da ANCI e UPI e quattro designati dal Dipartimento della Funzione Pubblica. Le attività di coordinamento e segreteria tecnica sono assicurate dall'Ufficio per la semplificazione e la sburocratizzazione del DFP».

Può dubitarsi, però, che questi pochi riferimenti siano sufficienti per coordinare l'attuazione di due documenti così profondamente interconnessi e parzialmente coincidenti in relazione alle aree di intervento e agli obiettivi prefissati, che comportano un livello di coinvolgimento delle Regioni così diverso.

Da un lato, infatti, l'Agenda affida l'attuazione del programma di semplificazione ad accordi ed intese conclusi in sede di Conferenza unificata, considerando Regioni e Stato corresponsabili nella realizzazione degli obiettivi programmati, e al contempo assegna il monitoraggio della sua attuazione ad una struttura «integrata», composta da membri di tutti i livelli di governo.

Dall'altro, il PNRR, pur contemplando le Regioni tra i soggetti competenti ad implementare le sue previsioni e pur integrato dalla previsione dei richiamati tavoli tecnici di confronto per la scelta delle misure attuative, sembra conferire al solo Governo la responsabilità della sua attuazione, tanto da ammettere anche l'esercizio di poteri sostitutivi in caso di inerzia delle Regioni che ostacoli il raggiungimento degli scopi del Piano.

In questa prospettiva, non è impossibile immaginare che l'implementazione del PNRR (alla quale si può ritenere che verrà data priorità in considerazione degli importanti interessi economici nazionali ad essa connessi) possa condurre alla violazione delle modalità di attuazione dell'Agenda e, conseguentemente, di alcuni «punti» dell'intesa che, a novembre 2020, è stata sancita.

3. Le strategie di semplificazione nel riparto di competenze legislative statali e regionali.

Questo richiamo da un lato al PNRR, dall'altro all'Agenda, e al diverso livello di coinvolgimento delle Regioni nella loro attuazione, impone di interrogarsi in ordine al riparto di competenze legislative tra legislatori, statale e regionali, in materia di semplificazione.

In questo senso, né il PNRR (che affida la sua attuazione ad interventi normativi statali, eventualmente integrati da discipline regionali) né l'Agenda (che immagina la conclusione di intese o accordi prima della definizione delle misure di semplificazione) affrontano tale tema.

La questione, poi, è resa ancor più complessa dalla circostanza che si tratta di documenti programmatici, ancorché in alcune parti analitici nella definizione delle misure da adottare. Tenzialmente, quindi, questi non indicano nel dettaglio il contenuto dispositivo di ogni singola disciplina di semplificazione di cui progettano l'adozione, ma rappresentano (in modo più o meno preciso) l'obiettivo che dovranno raggiungere.

Come si è detto, il PNRR, al pari dell'Agenda, programma semplificazioni settoriali, nelle materie della contrattualistica pubblica, della disciplina dei procedimenti amministrativi, dell'informatizzazione della pubblica amministrazione, della tutela ambientale, dell'edilizia e della rigenerazione urbana.

A tali interventi, a differenza dell'Agenda, aggiunge la riforma di certe normative statali che frenano la concorrenza e misure tese ad assicurare la «qualità» della legislazione nazionale.

Vengono progettate, quindi, misure che intercettano una pluralità di materie di cui all'art. 117 Cost. Di esse, tuttavia, sembra emergere la strumentalità a garantire alcuni valori costituzionalmente protetti che delineano talune materie che la giurisprudenza costituzionale ha denominato «trasversali».

Il riferimento è alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, cui per altro la Corte costituzionale ha già ricondotto talune misure di

semplificazione amministrativa, sostenendo che l'attività amministrativa, e, quindi, anche i procedimenti amministrativi in genere, possono assurgere alla qualifica di «prestazione», della quale lo Stato è competente a fissare un «livello essenziale» a fronte di una specifica pretesa di individui, imprese, operatori economici e, in generale, di soggetti privati⁸.

Ancora, il richiamo è alla tutela ambientale e paesaggistica, rispetto alla quale la Corte ha rilevato che gravando su un bene, quale il territorio, complesso ed unitario, considerato un valore primario ed assoluto, e rientrando nella competenza esclusiva dello Stato, precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali⁹.

Allo stesso modo, il rinvio è alla tutela della concorrenza, di cui, com'è noto, la giurisprudenza costituzionale ha accolto un'accezione dinamica, che comprende sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati, sia le misure legislative di promozione, dirette a eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (concorrenza «nel mercato»), ovvero a prefigurare procedure concorsuali che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza «per il mercato»)¹⁰.

Dato il carattere finalistico di tali competenze attribuite allo Stato, secondo costante giurisprudenza costituzionale, queste sono idonee ad assumere carattere prevalente e fungere da limite alla disciplina che le Regioni possono dettare nelle materie di loro competenza, concorrente o residuale, potendo influire su queste ultime fino a incidere sulla totalità degli ambiti materiali entro cui si estendono, *sia pure nei limiti strettamente necessari per assicurare gli interessi alla cui garanzia la competenza statale esclusiva è diretta*¹¹.

Se il richiamo ad alcune materie «trasversali» sembra non consentire di escludere che il legislatore statale possa disporre le suddette misure di semplificazioni, la clausola da ultimo citata potrebbe costituire un vincolo nell'adozione di certi interventi di semplificazione, adottati a livello nazionale, ritenuti non strettamente necessari, che intercettino anche le competenze dei legislatori regionali, ma che non siano preceduti da adeguate forme di raccordo¹².

⁸ [Sentenze n. 247 del 2020](#), [n. 246 del 2018](#), [n. 62 del 2013](#), [n. 207 del 2012](#), [n. 203 del 2012](#), [n. 92 del 2011](#), [n. 8 del 2011](#), [n. 10 del 2010](#), [n. 322 del 2009](#), [n. 134 del 2006](#), [n. 328 del 2006](#), [n. 285 del 2005](#), [n. 120 del 2005](#).

Com'è ampiamente noto, le politiche di semplificazione normativa ed amministrativa sono spesso intrecciate e difficilmente distinguibili. Si pensi agli interventi normativi settoriali di riordino di certe discipline, finalizzati contemporaneamente ad accelerare l'azione delle pubbliche amministrazioni nelle stesse o alle misure di delegificazione, deregolamentazione e deburocratizzazione e ai riflessi che essi producono sul sistema delle fonti.

⁹ [Sentenze n. 164 del 2021](#), [n. 66 del 2018](#), [n. 11 del 2016](#), [n. 309 del 2011](#), [n. 101 del 2010](#), [n. 226 del 2009](#), [n. 180 del 2008](#), [n. 378 del 2007](#) e [n. 367 del 2007](#).

¹⁰ [Sentenze n. 78 del 2020](#), [n. 56 del 2020](#), [n. 98 del 2017](#), [n. 287 del 2016](#), [n. 239 del 2016](#), [n. 104 del 2014](#), [n. 65 del 2013](#), [n. 38 del 2013](#), [n. 27 del 2013](#), [n. 8 del 2013](#), [n. 299 del 2012](#), [n. 288 del 2010](#), [n. 247 del 2010](#), [n. 12 del 2009](#), [n. 104 del 2008](#), [n. 380 del 2007](#), [n. 80 del 2006](#), [n. 175 del 2005](#), [n. 272 del 2004](#) e [n. 14 del 2004](#); [ordinanza n. 199 del 2006](#).

¹¹ [Sentenze n. 56 del 2020](#), [n. 287 del 2016](#), [n. 2 del 2014](#), [n. 291 del 2012](#), [n. 18 del 2012](#), [n. 150 del 2011](#), [n. 288 del 2010](#), [n. 52 del 2010](#), [n. 452 del 2007](#), [n. 431 del 2007](#), [n. 430 del 2007](#), [n. 401 del 2007](#) e [n. 80 del 2006](#).

¹² Probabilmente, infatti, per misure di semplificazione non strettamente necessarie per soddisfare i valori costituzionali che sono stati richiamati nel testo e che coinvolgono altrettante competenze regionali potrebbe porsi la necessità di un'intesa, nel rispetto di quella giurisprudenza costituzionale che ammette l'intervento del legislatore statale in ambiti caratterizzati da una pluralità di competenze, per i quali risulta impossibile comporre il concorso di funzioni legislative statali e regionali tramite il criterio di prevalenza, purché nel rispetto del principio di leale collaborazione che deve in ogni caso permeare di sé i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie, che può appunto ritenersi congruamente attuato mediante la previsione dell'intesa (cfr. [sentenze n. 251 del 2016](#), [n. 1 del 2016](#), [n. 140 del 2015](#), [n. 44 del 2014](#), [n. 118 del 2013](#), [n. 237 del 2009](#), [n. 352 del 2008](#), [n. 168 del 2008](#), [n. 50 del 2008](#) e [n. 288 del 1993](#)). Occorrerà dunque vedere anche che dimensione prenderà il confronto tra Stato e Regioni all'interno dei menzionati tavoli tecnici permanenti.

Evidentemente, però, con specifico riguardo alle misure di semplificazione attuative del PNRR, non è da escludere che anche tale clausola possa essere interpretata «restrittivamente», alla luce della previsione di cui all'art. 81 Cost., che pone in capo allo Stato la responsabilità di assicurare «l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio» e degli interessi economici connessi all'attuazione del PNRR, dal cui corretto svolgimento dipende la possibilità di beneficiare dei fondi di NGEU, nonché la futura capacità di far fronte agli impegni finanziari assunti con le istituzioni «eurounitarie».

4. *I poteri sostitutivi di cui al c.d. «decreto semplificazioni bis» in rapporto alla previsione di cui all'art. 120 Cost.*

In questo contesto vanno allora inquadrati anche i poteri sostitutivi di cui al citato «*decreto semplificazioni bis*».

Si può ritenere, infatti, che nel prevedere i suddetti poteri sostitutivi questo dia attuazione all'art. 120 Cost. che stabilisce, com'è noto, che il Governo possa sostituirsi a organi delle Regioni quando lo richiedono, tra l'altro, *la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica, nonché la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, e che al contempo riserva alla legge il compito di definire *le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione*¹³.

Senza volersi soffermare sul punto, sono note le difficoltà interpretative che hanno interessato tale disposizione costituzionale.

In particolare, è noto l'ampio dibattito scientifico in relazione alla natura e ai limiti di tale potere, che ha visto contrapporsi coloro che limitano l'intervento sostitutivo alle sole funzioni amministrative e chi ammette anche una sostituzione «in via normativa»¹⁴, sul quale è intervenuta

¹³ Sul tema, cfr. S. PAJNO, *La sostituzione tra gli enti territoriali nel sistema costituzionale italiano*, Palermo, :duepunti, 2007, 22 ss. L'Autore opera una distinzione tra «sostituzione ordinaria», che considera «una *species* del più generale fenomeno della allocazione di funzioni amministrative in base al principio di sussidiarietà previsto dall'art. 118 Cost., e – in quanto tale – deve ritenersi giustificata soltanto ove sussistano casi di interconnessione funzionale» e «sostituzione straordinaria», che ritiene «chiamata ad entrare in gioco ove a causa del mancato svolgersi di tali funzioni possano essere danneggiati alcuni interessi specificamente individuati dalla Costituzione e dalla stessa ritenuti di particolare rilevanza». In questo senso, la sostituzione di cui all'art. 120 Cost. è intesa come «un rimedio al possibile fallimento della consueta distribuzione delle competenze circa la cura di questi interessi».

¹⁴ La prima tesi è stata argomentata da G. U. RESCIGNO, *Attuazione regionale delle direttive comunitarie e potere sostitutivo dello Stato*, in *Le regioni*, 2002, 735; S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, 150-151; S. P. PANUNZIO, *Audizione innanzi alla I Commissione permanente del Senato della Repubblica*, in *Costituzione, Regioni e Autonomie locali. Atti dell'indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del titolo V della parte II della Costituzione*, Roma, 2002, I, 127; R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa e amministrativa*, in *Le regioni*, 2001, 1241; A. ANZON, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, 2002, 217; G. MARCHETTI, *Le autonomie locali fra Stato e Regioni*, Milano, 2002, 187; F. PIZZETTI, *L'evoluzione del sistema italiano fra "prove tecniche di governance" e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell'Unione europea*, in *Le regioni*, 2002, 691; A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le regioni*, 2001, 1323; L. PRINCIPATO, *I diritti costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'art. 117 della Costituzione*, in *Giur.cost.*, 2002, 1186-1187; A. LOIODICE, *Osservazioni al disegno di legge per l'adeguamento alla legge costituzionale n. 3/2001. Vincoli internazionali e poteri sostitutivi*, in Federalismi.it; A. RUGGERI, *Note minime, "a prima lettura", a margine del disegno di legge La Loggia*, in Federalismi.it; G. VERONESI, *Il regime dei poteri sostitutivi alla luce del nuovo articolo 120, comma 2, della Costituzione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 5/2002, 742-743.

La seconda è stata argomentata da M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l.cost. n. 3 del 2001, relazione al Convegno "Il nuovo Titolo V della Costituzione. Lo Stato delle autonomie"*; A. CERRI *Alla ricerca dei ragionevoli principi della riforma regionale*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, 211; E. GIANFRANCESCO, *Il potere*

anche la legge n. 131 del 2003, che dando attuazione all'art. 120 Cost., ha riportato l'inciso «anche normativi» riferendosi ai provvedimenti adottabili nell'esercizio del potere sostitutivo¹⁵.

Nel tentativo di riassumere questo complesso quadro normativo come precisato dalla Corte costituzionale, in dottrina si è evidenziato che «i poteri sostitutivi costituzionalmente previsti devono essere disciplinati esclusivamente dalla legge, che ne definisce i presupposti sostanziali e le condizioni procedurali di esercizio, in ossequio al principio di legalità; [...] i poteri sostitutivi possono essere esercitati solo in caso di accertata inerzia della regione o dell'ente locale o di adempimento illegittimo e devono riguardare atti o attività privi di discrezionalità nell'an; l'esercizio in concreto dei poteri sostitutivi statali deve essere affidato a commissari straordinari ovvero ad organi locali indicati dal Governo quali commissari *ad acta*; devono essere esercitati nel rispetto del principio di leale collaborazione, svolgendo un procedimento nel quale l'ente sostituito possa far valere le proprie ragioni, e del principio di sussidiarietà (che per gli atti normativi implica la cedevolezza della regolazione sostitutiva); l'esercizio del potere sostitutivo deve essere caratterizzato da una ragionevole temporaneità; non è consentito l'esercizio di poteri ad “effetto legislativo” da parte dei commissari ad acta, rispetto all'azione dei quali le regioni sostituite non possono comunque interferire»¹⁶.

È allora in questo contesto così problematico che sembra inserirsi il citato art. 12 del «*decreto semplificazioni bis*», che prevede la possibilità del Governo di attivare i poteri sostitutivi, per quanto in questa sede interessa, in caso di mancato rispetto da parte delle Regioni «degli obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR e assunti in qualità di soggetti attuatori, consistenti anche nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero nel ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti».

Da un lato, l'esercizio di tale potere sembra poter rispondere «all'esigenza di rilievo costituzionale di garantire la non incoerenza o contraddizione dell'azione dei poteri e degli organi pubblici nel quadro unitario offerto dall'ordine giuridico e istituzionale repubblicano»¹⁷.

Dall'altro, però, la previsione legislativa in questione rischia di essere eccessivamente generica¹⁸ se considerata alla luce del fatto che il Piano programma una pluralità di azioni per un gran numero di settori dell'ordinamento, al contempo non definendo quali attività e quali competenze debbano esercitare le Regioni ai fini della sua attuazione.

5. La semplificazione normativa a livello regionale: un quadro complesso ed eterogeneo.

In questo quadro, poi, ad aggravare ulteriormente la situazione si pone il rilievo che molti ordinamenti regionali hanno, nel tempo, mostrato di tenere in scarsa considerazione le istanze di semplificazione.

sostitutivo, in T.GROPPI E M.OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, II ed., Torino, 2003, 239; C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, 194; G. M. SALERNO, *La disciplina legislativa dei poteri sostitutivi tra semplificazione e complessità ordinamentale*, in *Federalismi.it*; F. GIUFFRÈ, *Note minime su poteri sostitutivi e unità della Repubblica alla luce della recente legge 131 del 2003 (cd. Legge “La Loggia”)*, in *Forumcostituzionale.it*; P.CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le regioni*, 2001, 1229.

¹⁵ Sul tema cfr. S. PAJNO, *La sostituzione tra gli enti territoriali*, cit., 197 ss. L'Autore confuta singolarmente le argomentazioni sottostanti alla prima teoria citata.

¹⁶ R. DICKMANN, *L'esercizio del potere sostitutivo con decreto-legge per garantire l'espressione della doppia preferenza di genere in occasione delle elezioni regionali in Puglia del 2020*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 4, 2020, 7-8.

¹⁷ R. DICKMANN, *L'esercizio del potere sostitutivo*, cit. 6.

¹⁸ M. TRAPANI, *Il sistema delle conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra pnrr e regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2021, 26 ottobre 2021, 190.

Così, a fronte delle condivisibili preoccupazioni legate all'interesse anche economico dello Stato all'attuazione puntuale del PNRR di cui si è detto, si pone da parte dei legislatori regionali un livello di attenzione verso le tematiche in questione ancora fortemente disomogeneo.

Il diverso livello di introiezione degli obiettivi di semplificazione negli ordinamenti regionali non è svelato da un'indagine che si limita a guardare ai riferimenti al tema recati dagli statuti di autonomia. Difatti, quasi tutte le Regioni di diritto comune hanno provveduto ad inserire nei rispettivi atti di autonomia appositi riferimenti alla semplificazione, allo sviluppo di buone pratiche di normazione, alla qualità della regolazione, facendone obiettivi politici regionali, e talvolta anche individuando figure istituzionali apposite competenti al perseguimento di tali valori¹⁹.

In relazione agli statuti speciali, invece, la circostanza che nessuno di questi reca un riferimento alla semplificazione o alla «qualità» della legislazione regionale può giustificarsi considerando la natura fonte che li approva e la complessità del procedimento per la loro revisione.

La disomogeneità emerge, invece, dall'analisi relativa alle modalità di attuazione di tali disposizioni statutarie.

Così, gli statuti di dodici Regioni recano un riferimento alla «qualità» della legislazione, prevalentemente nei capi relativi al procedimento legislativo o alla definizione delle competenze dei Consigli regionali²⁰. Alcuni statuti richiamano anche obiettivi di semplificazione, prevalentemente declinata nella sua accezione amministrativa²¹, ma in taluni casi anche normativa²².

Purtuttavia, emerge un generale abbandono del ricorso a strumenti di *better regulation* quali analisi preventive (AIR) e valutazioni successive (VIR) di impatto della regolazione, che pure sono stati introdotti in molte Regioni²³. D'altro canto, la garanzia della «qualità» della produzione

¹⁹ Una menzione particolare merita lo statuto della Regione Molise, per la disciplina del «Comitato per la legislazione», organo regionale speculare al Comitato per la legislazione della Camera dei deputati.

²⁰ Tra queste, l'art. 40 dello statuto della Regione Abruzzo; l'art. 44 dello statuto della Basilicata; l'art. 29 dello statuto della Campania; l'art. 44 dello statuto della Lombardia; l'art. 37 dello statuto del Molise; l'art. 44 dello statuto della Toscana, che dopo aver evidenziato che la Regione tutela la certezza del diritto e a tal fine cura la qualità delle fonti normative regionali e ne garantisce l'organicità, la chiarezza, la semplicità delle procedure ed aver promosso, per il perseguimento di tali finalità, la formazione di testi unici legislativi e regolamentari per settori organici, prevede che le proposte di legge che non osservino le disposizioni stabilite a tutela della qualità della legislazione debbano essere dichiarate improcedibili dal Presidente del Consiglio, d'intesa con l'Ufficio di Presidenza.

²¹ Così, ad esempio: lo statuto della Regione Calabria, all'art. 49; lo statuto delle Marche, all'art. 45; e lo statuto umbro, all'art. 30.

²² Si pensi allo statuto della regione Lazio, art. 36; allo statuto della Regione Molise, art. 38; e allo statuto della Regione Puglia, art. 51.

²³ Si pensi alla Regione Piemonte, ove è stata approvata la legge regionale n. 13 del 1° agosto 2005, che ha rimesso alla Giunta regionale il compito di individuare i casi a cui applicare l'AIR, non seguita da alcuna esperienza attuativa significativa; alla Regione Lazio, che ha provveduto a dotarsi di un'apposita legge regionale sull'analisi preventiva di impatto (la legge regionale 29 luglio 2011 n. 8), che ha introdotto l'AIEPI (l'analisi di impatto economico della regolamentazione in materia di micro, piccola e media impresa) e contemporaneamente ha istituito quale strumento di consultazione il Comitato delle micro, piccole e medie imprese, con la funzione di sensibilizzazione del legislatore regionale alle necessità delle micro, piccole e medie imprese in fase normativa, e che poi ha provveduto ad abrogare tale complesso sistema con la legge regionale 31 dicembre 2016, n. 17; alla Toscana, che con la legge regionale 22 ottobre 2008, n. 55 ha provveduto a regolare gli strumenti di analisi preventiva e successiva degli effetti degli atti normativi regionali. In attuazione di tale legge regionale sono stati adottati dapprima il regolamento interno della Giunta regionale n. 1/2009, quindi, il decreto del Presidente della G.R. 172/2009 con i quali sono stati precisati rispettivamente l'ambito di applicazione del sistema di analisi e valutazione e le metodologie di svolgimento dell'AIR regionale e la *checklist* che il regolatore regionale avrebbe dovuto seguire in relazione a ciascun intervento normativo, e in cui il periodo di applicazione si è concluso nel 2013. Cfr G. PERNICIARO e S. ANNARATONE, *La Better Regulation a livello regionale e locale*, in G. MAZZANTINI e L. TAFANI (a cura di), *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione. Annuario 2019*, Napoli, 2019, 234, che connettono tale scelta «alle disponibilità effettive (in termini di tempo e di risorse economiche) che le regioni sono realmente in grado di destinare ai singoli temi. Scelte che, certamente, sono a loro volta connesse alle priorità politiche e commisurate alle problematiche generali che gli enti devono affrontare».

normativa regionale è affidata a «clausole valutative»²⁴, «missioni valutative» e «note informative»²⁵, il cui ricorso però solo in alcune Regioni più virtuose è stato sistemico²⁶.

Molte Regioni ordinarie hanno introdotto nei rispettivi ordinamenti leggi periodiche, in vario modo denominate, prodromiche al monitoraggio dell'ordinamento regionale, che tuttavia solo in pochi ordinamenti (come la Toscana, le Marche e la Lombardia) sono state approvate nel rispetto della cadenza prevista²⁷.

L'introduzione di leggi annuali di monitoraggio della legislazione regionale è avvenuta anche in alcune Regioni speciali, ove tuttavia si sono registrate alcune difficoltà applicative²⁸.

Alcune Regioni hanno introdotto una «legge regionale europea», per assicurare il recepimento della normativa «eurounitaria» nelle materie di competenza regionale – adottata con regolarità dall'Emilia Romagna²⁹, e per un certo periodo anche da Lombardia³⁰, Veneto³¹ e Abruzzo³².

²⁴ Le clausole valutative consistono in uno specifico articolo dell'atto normativo, che conferisce un mandato esplicito alle Giunte regionali ad elaborare ed a comunicare all'organo legislativo le informazioni necessarie a conoscere i tempi, le modalità attuative e le eventuali difficoltà emerse in fase di implementazione, sia a valutare le conseguenze dell'atto sui destinatari diretti e la collettività.

²⁵ Missioni valutative e note informative configurano un meccanismo di analisi ex post utilizzabile su richiesta di soggetti determinati (tendenzialmente una quota di consiglieri regionali), con specifico riguardo ad interventi regolatori precedentemente adottati e dei quali sia avvertita l'esigenza di procedere all'evidenziazione degli effetti che questi hanno prodotto.

²⁶ Si pensi alla Regione Lombardia, ove nel 2019 sono state pubblicate 37 relazioni informative della Giunta al Consiglio, su 69 attese, con un tasso di risposta del 54% superiore al tasso di risposta del 2018 pari al 31%; all'Emilia-Romagna, che dal 2015 ad oggi, ha approvato circa 36 clausole valutative; alle Marche, che dal 2015, ha approvato circa trenta clausole valutative, che hanno riguardato gli ambiti competenziali più diversi; e all'Umbria, che dal 2015 ad 2018, ne ha approvate 11.

²⁷ Si pensi alla Toscana, che ha introdotto la «legge regionale di manutenzione», approvandone dieci dal 2007; alla Liguria che ha introdotto la «legge regionale di semplificazione», approvandone 5 dal 1999, l'ultima delle quali del 2019 (la legge n. 24 del 2019) - queste hanno seguito lo schema, poi replicato dai decreti-legge n. 112 e n. 200 del 2008, adottati per attuare il meccanismo della c.d. «ghigliottina normativa» previsto dalla quarta legge di semplificazione statale, di individuare in apposite elencazioni allegiate alle leggi le discipline da considerare espressamente abrogate e di inserire nel testo una disposizione abrogatrice che ha utilizzato la nota formula «sono o restano abrogate»; alle Marche, ove la legge 16 febbraio 2015, n. 3 ha istituito la legge regionale di semplificazione ed ove in attuazione di tale previsione, sono state approvate due leggi regionali di semplificazione (le leggi regionali n. 15 del 2017 e n. 8 del 2019); alla Lombardia, ove la legge annuale di semplificazione annuale è stata introdotta dalla legge regionale 8 luglio 2014, n. 19, quale provvedimento finalizzato a dare attuazione all'Agenda Lombardia Semplice, e in cui dal 2015 ad oggi, il Consiglio regionale ha approvato otto leggi di semplificazione con una regolare cadenza annuale, eccettuato il 2019; e al Piemonte che, dal 2017, ha approvato quattro leggi di annuali di riordino.

²⁸ In Sardegna, nel 2016, è stata approvata la legge regionale n. 24 che ha disciplinato la presentazione annuale di un disegno di legge «per la riduzione del numero delle leggi» di iniziativa della Giunta regionale, cui è seguita solo l'approvazione della legge regionale 11 gennaio 2019, n. 1, legge di semplificazione 2018; in Valle d'Aosta, dal 2000, il legislatore regionale ha adottato quattro «leggi di semplificazione del sistema normativo regionale. Abrogazione di leggi e regolamenti regionali»; In Friuli sono state adottate apposite leggi europee regionali sino al 2013, anno nel quale è stata approvata l'ultima legge europea della Regione, e segnatamente la legge regionale 11 ottobre 2013, n. 13 (Legge europea 2012).

²⁹ Ove, dal 2008 ad oggi, il Consiglio regionale ha provveduto ad approvare sei leggi regionali di attuazione della normativa comunitaria, tra le quali da ultimo la legge regionale 20 maggio 2021, n. 4 (la legge europea per il 2021), che ha introdotto, tra l'altro, la c.d. valutazione di genere ex ante. Si tratta di un'analisi di impatto effettuata dagli organismi competenti per la predisposizione degli atti regolatori regionali e presentata alla Commissione assembleare referente in grado di dare conto in particolare dell'adeguatezza delle misure pianificate per promuovere le pari opportunità tra uomini e donne e impedire qualunque discriminazione, con particolare attenzione alla intersezionalità delle discriminazioni, alle discriminazioni multiple e alle persone con disabilità.

³⁰ In Lombardia, sono state approvate tre leggi regionali europee e segnatamente le leggi 8 aprile 2015 n. 8 (Legge europea regionale 2015), 30 marzo 2016 n. 8 (Legge europea regionale 2016) e 30 marzo 2017 n. 12 (Legge europea regionale 2017).

³¹ In Veneto, tale strumento è stato introdotto con la legge regionale 25 novembre 2011, n. 26 (Norme sulla partecipazione della Regione del Veneto al processo normativo e all'attuazione del diritto e delle politiche

A corredo di tali strumenti, poche Regioni (Lombardia, Toscana e Liguria) hanno, poi, previsto anche la formulazione di una relazione annuale sulla legislazione regionale, al fine di monitorare le tendenze della produzione normativa ed eventualmente intervenire sulle criticità emerse³³.

6. Alcune considerazioni intorno alle politiche di semplificazione normativa di livello regionale.

Da questa analisi seppur breve emerge un quadro complesso.

Si evidenzia, infatti, un divario tra Centro-Nord e Sud Italia nella introduzione delle istanze di semplificazione negli ordinamenti regionali.

In generale e in via di approssimazione, le Regioni centro-settentrionali hanno dimostrato maggiore accuratezza nella gestione dei rispettivi plessi regolatori; le Regioni meridionali, invece, sono apparse talvolta assai carenti su questo piano.

Si tratta di un dato in linea sia con la distribuzione del tessuto imprenditoriale nel Paese, e che converge con la diffusione dei fenomeni corruttivi lungo il territorio italiano.

Com'è stato rilevato, infatti, «l'immagine dell'Italia è quella di un Paese ad elevato grado di corruzione sia nella percezione dei cittadini che di imprese e analisti. Come dimostrano i dati ricavabili dai precedenti indicatori non riesce ad ottenere risultati positivi né a livello mondiale né, tantomeno, a livello europeo dove si colloca costantemente a ridosso dei Paesi balcanici.

Come abbiamo appena ricordato, addirittura, riesce ad ottenere il record negativo come Paese europeo con la più alta variabilità interna: pensate che le Province di Trento e Bolzano e la Valle d'Aosta si attestano su punteggi importanti che addirittura li collocano al fianco delle regioni più virtuose del Nord Europa; mentre Calabria e Campania sono rinvenibili costantemente nella parte bassa della classifica assieme ad alcuni paesi del Mediterraneo e dell'Europa continentale orientale.

Un Paese sostanzialmente spaccato in due in cui le regioni del Nord e l'Umbria riescono a ottenere risultati addirittura al di sotto della media europea, mentre il meridione con il Lazio gira costantemente su punteggi negativi»³⁴.

dell'Unione europea), che sembra aver ricevuto attuazione con riferimento a quattro annualità, e più esattamente con le leggi regionali 8 agosto 2017 n. 22, 24 febbraio 2015 n. 2, 7 novembre 2013 n. 27 e 6 luglio 2012 n. 24.

³² In Abruzzo, è stata la legge regionale 30 ottobre 2009, n. 22 a disciplinare la legge regionale europea. Dal 2010 al 2017 – momento a partire dal quale non si è più fatto ricorso a tale strumento – sono state approvate otto leggi europee e segnatamente le leggi 22 dicembre 2010, n. 59, 29 dicembre 2011, n. 44, 18 dicembre 2012, n. 64, 18 dicembre 2013, n. 55, 23 dicembre 2014, n. 46, 20 agosto 2015, n. 22, 30 agosto 2016, n. 30, 30 agosto 2017, n. 44.

³³ Il riferimento è alla regione Toscana, la quale ha provveduto a pubblicare annualmente un rapporto sulla normazione sin da maggio 2002, precorrendo gli altri ordinamenti regionali ed adottando infine sedici relazioni (l'ultima delle quali pubblicata nel 2020 e relativa al 2019). Eguale puntualità nella pubblicazione di un rapporto annuale sulla legislazione ha mostrato la Lombardia, che ha elaborato venti relazioni annuali, l'ultima delle quali ha dato conto delle tendenze della produzione normativa regionale da gennaio a dicembre 2020, considerando anche i riflessi sul sistema delle fonti regionali generati dalla situazione emergenziale. Allo stesso modo in Emilia-Romagna, la relazione sulla qualità della normazione si è consolidata come strumento per la qualità della normazione, tanto da essere giunta nel 2021 alla sua diciannovesima edizione. Più recente, è invece la prima relazione sullo stato della legislazione regionale ligure, risalente al 2011 e relativa alla produzione normativa del 2010. Pur tuttavia, anche in Liguria, il rapporto sulla normazione ha assunto connotati di stabilità e puntualità, essendo pubblicato da tale momento nel pieno rispetto della periodicità annuale. Diverso discorso deve essere invece fatto per il Piemonte, l'Umbria e le Marche, ove l'introduzione di una relazione sulla normazione regionale non sembra ricevuto una puntuale attuazione, risultando poi abbandonata la sua formulazione. Così, l'ultimo rapporto sulla legislazione piemontese risale a marzo 2017, la più recente relazione umbra riguarda la produzione normativa regionale dal 2013 al 2015 e in relazione alle Marche il rapporto 2018 costituisce l'ultimo pubblicato.

³⁴ J. GAGLIARDI, *La misurazione della corruzione: tra attualità e prospettive nell'esperienza italiana*, in *Amministrazione in Cammino*, 26 agosto 2020, 16-17. Nello stesso senso, A. VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in *Astrid*, 2010, 8-10. Merita una particolare menzione, poi, il contributo di L. PICCI, *Corruzione in Italia: quanto costa non essere la Germania? 585 miliardi l'anno (più o meno)*, in *Google Sites*.

Tra gli ordinamenti regionali più attenti all'attuazione di politiche di semplificazione, un dato comune è quello di prestare grande attenzione alla programmazione normativa, secondo almeno due profili.

Da un lato, l'attività dei consigli regionali risulta spesso scandita dalla previsione di sessioni di lavori (di manutenzione, europea, di semplificazione), sicché si ha una produzione normativa regionale «a cadenza ritmata».

Dall'altro, è dedicato particolare impegno nell'attività di valutazione e monitoraggio *ex post* degli interventi normativi approvati nella Regione. In questo senso, risulta che gli ordinamenti regionali più virtuosi tengano in considerazione la «circolarità» del procedimento normativo, riservando grande importanza alla valutazione dell'impatto delle rispettive regolazioni, immaginando questo come fattore di impulso e condizione di avvio di nuovi cicli regolatori.

In questo senso, può interpretarsi l'attenzione dedicata a clausole e missioni valutative.

Al contempo, sembra emergere, negli ordinamenti regionali che maggiormente hanno prestato attenzione alle istanze di semplificazione, una certa meticolosità nel mantenimento di certi rapporti tra leggi adottate ed abrogate in taluni ordinamenti regionali.

Si è calcolato, ad esempio, che «per quanto riguarda le Regioni ordinarie, in Lombardia su 2.400 leggi promulgate ne sono state formalmente abrogate l'80,8% (1.940), in Toscana su 3.501 il 64,3% (2.251) e in Piemonte su 2.318 il 61,0% (1.413); per quanto riguarda le specialità, in Valle d'Aosta su 2.986 leggi promulgate ne sono state abrogate espressamente il 64,6% (1.929), nella Provincia autonoma di Trento su 1.438 il 64,0% (921) e in Friuli-Venezia Giulia su 2.526 il 51,1% (1.292)»³⁵.

Anche le Regioni più virtuose, quindi, sembrano aver provato ad attuare una strategia di semplificazione simile a quella che per tanto tempo anche a livello nazionale si è provato a seguire, che guarda alla semplificazione come ad una politica che interessa l'intero ordinamento normativo e che si sostanzia nel monitoraggio del sistema delle fonti, nella riduzione del numero totale di norme vigenti e nella sistemazione e nel riordino delle discipline normative.

Proprio in questa direzione, si spiega l'introduzione di leggi regionali annuali di manutenzione, la previsione di resoconti periodici sulla legislazione regionale e la stessa attenzione al mantenimento di certi rapporti tra leggi regionali adottate e abrogate nel corso dello stesso anno.

Questo modo di intendere la politica di semplificazione non sembra essere, però, lo stesso accolto dal PNRR, che invece immagina interventi di semplificazione mirati e settoriali.

Tale documento, infatti, come si è detto, programma semplificazioni e razionalizzazioni specifiche (in materia di contratti pubblici, ambiente, edilizia ed urbanistica, di investimenti nel Mezzogiorno, delle discipline che alimentano la corruzione o sul tema della digitalizzazione).

Sembra, allora, che a livello nazionale si stia intraprendendo un percorso di semplificazione «diverso» da quello fino ad ora seguito a livello regionale, nel quale la semplificazione è intesa come un insieme di misure settoriali, da attuare nel rispetto di tempi certi e rapidi, abbandonando l'idea di procedere a interventi sistematici e duraturi nel tempo.

Si tratta di una strategia probabilmente più in linea con le indicazioni che provengono dalle istituzioni «europolitane», che sembrano disegnare anch'esse programmi di semplificazione settoriali e «per missioni».

Tale indirizzo è stato già proposto in altri programmi di semplificazione adottati nel Paese, con la differenza, però, che adesso si avverte probabilmente la necessità di procedere ad una sua attuazione con maggiore serietà ed impegno, per le importanti implicazioni economiche connesse all'attuazione del PNRR.

È allora forse pure in quest'ottica che può leggersi il ridotto coinvolgimento delle Regioni nell'implementazione di tale Piano, insieme alla previsione dei menzionati poteri sostitutivi, seppur

³⁵ Così, dal *Rapporto sulla legislazione 2019-2020*, pubblicato a cura del Servizio studi della Camera dei deputati e reperibile sul sito istituzionale di questa, che sembra tenere conto anche delle «dimensioni» e degli ambiti di intervento di tali provvedimenti normativi.

con le criticità che si è provato a fare emergere in ordine alla genericità della sua formulazione a fronte della mancata specificazione del preciso ruolo di queste nell'attuazione del Piano.

La prospettiva, infatti, sembra essere quella di evitare che le eventuali difficoltà delle Regioni nell'accogliere tale «nuova» strategia di semplificazione, possano ostacolare l'accesso ai benefici economici di *Next Generation Eu* e il raggiungimento dei risultati attesi in termini di crescita economica ed occupazionale del Paese.

Luciano Ciafardini
**Sul compenso da riconoscere ai magistrati onorari di lungo corso:
aspettando Godot***

ABSTRACT: *The article analyzes [the sentence no. 172 of 2021 of the Constitutional Court](#), which ruled out the existence of an unjustified difference in economic treatment between two different figures of honorary magistrates. By meticulously reconstructing the regulatory evolution of the reference discipline, the work highlights the indisputable profiles of intrinsic unreasonableness of the legislation scrutinized by the Constitutional Court, not assessed as extraneous to the perimeter of the complaints, supposing the possible outcomes of any future questions that might be raised by evoking the relevant profiles of constitutional illegitimacy. Finally, the paper examines the parliamentary works concerning bills for the overall reform of the matter, highlighting the persisting critical issues.*

SOMMARIO: 1. La vicenda da cui trae origine [la sentenza n. 172 del 2021](#). – 2. La risposta al dubbio di costituzionalità. – 3. L’evoluzione della disciplina delle funzioni attribuite a GOT e VPO. – 4. Osservazioni intorno al *decisum*. – 5. Uno sguardo al futuro.

1. *La vicenda da cui trae origine la [sentenza n. 172 del 2021](#).*

Il dibattito sulla condizione giuridica della magistratura onoraria in Italia si è di recente irrobustito, all’approssimarsi della scadenza (allo stato fissata al 31 dicembre 2021) dell’ennesimo rinvio – disposto dall’art. 17-ter, comma 1, lettera a), del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito in l. 6 agosto 2021, n. 113 – dell’entrata in vigore di alcune delle disposizioni del d.lgs. 13 luglio 2017 recante «Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57» (cosiddetta “Riforma Orlando”).

Tra le norme della riforma ancora in attesa di trovare piena applicazione, rientrano quelle che regolano il trattamento economico dei magistrati onorari in servizio alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 116 del 2017. Esse, del resto, sono state ritenute da più parti insufficienti a fornire una risposta adeguata alle istanze di tutela avanzate dalla categoria, anche alla luce delle sollecitazioni sempre più pressanti provenienti anche da livelli sovranazionali¹.

Sul profilo del trattamento economico dei magistrati onorari in carica da lungo tempo è di recente intervenuta la Corte costituzionale, con la [sentenza n. 172 del 2021](#).

Le questioni decise originavano da un giudizio civile introdotto da una giudice onoraria del Tribunale ordinario di Genova, in servizio sin dal 2005, e in tale veste assegnataria di un ruolo di cause civili relative all’espropriazione mobiliare, come tale incaricata dell’adozione di una serie di atti e provvedimenti anche da svolgersi fuori udienza, e per i quali nessuna remunerazione le era mai stata riconosciuta.

Proprio la pretesa avente ad oggetto il pagamento del compenso, con decorrenza dalla data di assunzione dell’incarico onorario, veniva avanzata nel giudizio *a quo*.

Il Tribunale di Genova ha dubitato – in riferimento agli artt. 3, 97, secondo comma, e 107, terzo comma, della Costituzione – della legittimità costituzionale dei commi 1 e 1-bis all’art. 4 del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 273, che a tutt’oggi (stante il ripetuto rinvio dell’entrata in vigore della riforma²),

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ Su tali sollecitazioni, da ultimo, R. CALVANO, *Corte di giustizia, primato del diritto Ue e giudici onorari*, in *Giustizia Insieme*, 22 novembre 2021, che analizza, in particolare, l’impatto, sulla materia *de qua*, della sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, 16 luglio 2020, in causa C-658/18, UX.

² L’art. 33, comma 2, del d.lgs. n. 116 del 2017 ha abrogato l’art. 4 del d.lgs. n. 273 del 1989, ora a decorrere dal 1° gennaio 2022. Per i magistrati onorari in servizio al momento dell’entrata in vigore della Riforma Orlando, in particolare, l’applicazione dell’art. 4 del d.lgs. n. 273 del 1989 è stata sin dall’inizio temporalmente estesa per un quadriennio successivo e, dunque, fino al 15 agosto 2021 (art. 31, comma 1). Tale ultimo termine ha subito un ulteriore rinvio al 31 dicembre 2021, in forza del già ricordato art. 17-ter del d.l. n. 80 del 2021, come convertito.

disciplinano il compenso spettante ai giudici onorari di tribunale (GOT, ed ora giudici onorari di pace: GOP³) per le attività loro affidate.

La versione delle disposizioni censurate è quella scaturente dalla novella apportata dall'art. 3-*bis*, comma 1, lettera a), del d.l. 2 ottobre 2008, n. 151, convertito in l. 28 novembre 2008, n. 186.

Le disposizioni denunciate, nel prevedere che ai GOT spetti un'indennità di euro 98 «per le attività di udienza svolte nello stesso giorno» (comma 1), nonché un'ulteriore indennità di euro 98 ove il complessivo impegno lavorativo per le suddette attività superi le cinque ore, impedisce di corrispondere un compenso anche per il disbrigo fuori udienza delle incombenze ricordate.

Di qui il sospetto d'illegittimità costituzionale, che tuttavia il giudice rimettente non ha costruito in termini di irragionevolezza intrinseca di tale disciplina: egli ha denunciato piuttosto – in ciò aderendo alle doglianze espresse dalla giudice onoraria ricorrente nel giudizio *a quo* – una disparità di trattamento rispetto alla disciplina disegnata dal legislatore per i viceprocuratori onorari (VPO).

A questi ultimi, infatti, il medesimo art. 4 del d.lgs. n. 273 del 1989, attraverso i commi 2 e 2-*bis* – rispettivamente sostituito e aggiunto dall'art. 3, comma 1, lettera b), del d.l. n. 151 del 2008, come convertito – ancora oggi consente di corrispondere un compenso (sempre calcolato su base oraria, con la tecnica del “raddoppio” dell'indennità in caso di superamento del limite di cinque ore di impegno lavorativo), non soltanto per la partecipazione ad una o più udienze, ma anche per ogni altra attività, diversa da quella di udienza, loro delegata, purché l'esecuzione delle relative prestazioni venga attestata dal procuratore della Repubblica.

Il giudice *a quo*, in buona sostanza, ha ritenuto violato il principio di eguaglianza presidiato dall'art. 3 Cost., considerando priva di giustificazione – e come tale intollerabilmente discriminatoria al lume dell'evocato parametro costituzionale – la diversità di trattamento innanzi illustrata.

Il Tribunale di Genova, quindi, non ha chiamato la Corte ad esprimere un giudizio sulla ragionevolezza della disciplina del compenso spettante ai GOT in sé considerata, ma sulla diversità di trattamento di due situazioni – quella del GOT e quella del VPO – considerate «in tutto analoghe», trattandosi, a suo giudizio, di magistrati onorari che, nelle diverse vesti giudicante e requirente, sarebbero chiamati entrambi a svolgere attività sia durante l'udienza sia al di fuori di essa, sicché nessuna ragione plausibile avrebbe potuto giustificare, a parere del rimettente, il riconoscimento del diritto al compenso, per l'impegno prestato fuori udienza, a beneficio dei soli VPO.

La Corte risponde al dubbio di legittimità costituzionale, operando una preliminare ricognizione del contesto normativo di riferimento.

E così ricorda che, concepiti come organi giudiziari deputati a favorire, in via del tutto transitoria, il passaggio al sistema del giudice unico di primo grado (art. 245 del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51), GOT e VPO sono stati più volte prorogati nell'incarico⁴ fino alla riforma della magistratura onoraria, attuata con il ricordato d.lgs. n. 116 del 2017, che ha previsto, per quel che qui in particolare rileva, un nuovo sistema di compenso, unico per tutti i magistrati onorari di primo grado (sia giudicanti che requirenti) e fondato sulla corresponsione di un'indennità onnicomprensiva annuale.

³ La riforma ha previsto, a regime, un'unica figura di magistrato onorario giudicante (almeno in primo grado), che viene denominato «giudice onorario di pace» (GOP: una sorta di fusione delle sigle ora esistenti, giudice onorario di tribunale, GOT, e giudice di pace, GdP).

⁴ Secondo l'art. 42 *quinquies* del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario, d'ora innanzi: O.G.), come modificato dal d.lgs. n. 51 del 1998, e come richiamato, per i viceprocuratori onorari dal successivo art. 71 O.G., la nomina a magistrato onorario avrebbe dovuto avere durata di tre anni, prorogabile alla scadenza, per una sola volta, per un altro triennio. Con d.l. 30 giugno 2005, n. 115, tale termine, «[i]n attesa della riforma organica della magistratura onoraria di tribunale e in deroga a quanto previsto dall'articolo 42-*quinquies*, primo comma, dell'ordinamento giudiziario» (art. 9 comma 2-*bis*), fu prorogato, per i giudici onorari di tribunale e i viceprocuratori onorari già confermati e ancora in servizio, «per altri due anni dopo il termine dell'incarico». Si ebbero, quindi, con cadenza poco più che annuale, altre proroghe del termine: al 31 dicembre 2008 (con d.l. 31 dicembre 2007, n. 248; il termine fu poi prorogato ancora al 31 dicembre 2009 in sede di conversione); al 31 dicembre 2010 (con d.l. 29 dicembre 2009, n. 193); al 31 dicembre 2011 (con d.l. 29 dicembre 2010, n. 225); al 31 dicembre 2012 (con d.l. 22 dicembre 2011, n. 212); al 31 dicembre 2013 (con legge 24 dicembre 2012, n. 228); al 31 dicembre 2014 (con legge 27 dicembre 2013, n. 147); al 31 dicembre 2015 (d.l. 30 dicembre 2013, n. 150, come modificato dalla legge di conversione 30 dicembre 2013, n. 150); al 31 maggio 2016 (legge 28 dicembre 2015, n. 208).

Il sistema di remunerazione indennitaria disegnato dall'art. 4 del d.lgs. n. 273 del 1989 effettivamente distingue la posizione dei GOT da quella dei VPO.

Ai primi, infatti, il comma 1 riconosce un'indennità di euro 98 per le attività di udienza svolte nello stesso giorno, mentre il comma 1-*bis* prevede la spettanza di un'ulteriore indennità di pari importo «ove il complessivo impegno lavorativo per le attività di cui al comma 1 superi le cinque ore».

Ai VPO, invece, il comma 2 riconosce l'indennità giornaliera di euro 98 per l'espletamento di due tipi di attività, anche se svolte cumulativamente: la partecipazione ad una o più udienze in relazione alle quali è conferita la delega (lettera a); ogni altra attività, diversa dalla prima, purché delegabile a norma delle vigenti disposizioni di legge (lettera b). Il comma 2-*bis*, ancora, attribuisce il diritto a ricevere un'ulteriore indennità di pari importo «ove il complessivo impegno lavorativo necessario per lo svolgimento di una o più attività di cui al comma 2 superi le cinque ore giornaliere».

Ai fini del “raddoppio” dell'indennità, infine, il comma 2-*ter* dispone che la durata delle udienze è rilevata dai rispettivi verbali, mentre il tempo di permanenza in ufficio per l'espletamento, da parte dei soli VPO, delle attività delegabili diverse dalla partecipazione all'udienza è accertato dal procuratore della Repubblica.

Come si è detto in precedenza – e come puntualmente rilevato dalla Corte costituzionale, nel precisare il perimetro del *thema decidendum* – il giudice rimettente non ha posto affatto in discussione il carattere indennitario del compenso spettante ai magistrati onorari, né si è interrogato sulla natura del rapporto che lega questi ultimi all'amministrazione della giustizia, sicché la Corte è stata sollevata dall'onere di prendere posizione su tali profili.

2. La risposta al dubbio di costituzionalità.

Come si è accennato, alla Corte costituzionale è stato semplicemente richiesto di operare un confronto tutto “interno” alla magistratura onoraria, per verificare la possibilità di rinvenire una ragione idonea a giustificare, non il meccanismo “orario” di computo del compenso e neppure il relativo importo per unità di tempo, quanto piuttosto (e soltanto) la differenza di trattamento tra due figure di magistrati onorari che il rimettente reputava svolgere attività equivalenti ai fini del riconoscimento di una remunerazione.

La Corte costituzionale concorda sul presupposto ermeneutico dal quale ha preso le mosse il Tribunale di Genova: il comma 1-*bis* dell'art. 4 del d.lgs. n. 273 del 1989 riconosce anche ai GOT un'ulteriore indennità di euro 98 ove il «complessivo impegno lavorativo» superi le cinque ore, ma la medesima disposizione specifica che tale impegno deve essere relativo alle «attività di cui al comma 1», che esplicitamente (e chiaramente) si riferisce alle sole attività di udienza. Invece, per i VPO, il successivo comma 2 differenzia nettamente l'attività di «partecipazione ad una o più udienze in relazione alle quali è conferita la delega» (lettera a) da «ogni altra attività, diversa da quella di cui alla lettera a), delegabile a norma delle vigenti disposizioni di legge» (lettera b) e il comma 2-*bis* riconosce il diritto al compenso per entrambe.

Tuttavia, il Giudice delle leggi non condivide la conclusione che da tale confronto normativo trae il rimettente, nel senso della violazione del principio di eguaglianza, ritenendo errato il punto di partenza del ragionamento del giudice *a quo*, incentrato sulla asserita omogeneità delle situazioni messe a raffronto.

Premesso che, per costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, la violazione del principio di uguaglianza sussiste solo qualora situazioni identiche, o comunque omogenee, siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso, mentre la lesione è esclusa quando alla diversità di disciplina corrispondono situazioni non assimilabili (*ex plurimis*, di recente, [sentenze n. 165 e n. 127 del 2020](#)), secondo la Corte la differente disciplina del compenso dettata per le due figure di magistrato onorario è giustificata proprio dalla diversità delle funzioni a ciascuna di esse, nel tempo, attribuite, come si desume dallo sviluppo normativo che ha interessato la materia e del quale conviene

tratteggiare rapidamente i passaggi essenziali, approfondendo il pur efficace compendio rinvenibile nell'esaustiva motivazione della sentenza.

3. L'evoluzione della disciplina delle funzioni attribuite a GOT e VPO.

L'art. 43-bis O.G. – poi abrogato in occasione del successivo intervento riformatore della magistratura onoraria di cui al d.lgs. n. 116 del 2017 – stabiliva che i GOT non potessero tenere udienza se non nei casi di impedimento o di mancanza dei giudici ordinari, sicché tale norma attribuiva ai GOT un ruolo di mera supplenza (in tal senso, anche la [sentenza n. 41 del 2021](#) della Corte costituzionale).

A partire dai primi anni di questo secolo, tuttavia, per fronteggiare un arretrato via via crescente e consentire di definire soprattutto i giudizi civili in tempi ragionevoli, l'impiego dei GOT si è esteso, in forza delle circolari del CSM sulla formazione delle tabelle per gli uffici giudiziari e delle risoluzioni accessorie. Si è così registrato, da un lato l'ampliamento concettuale della nozione di "supplenza", dall'altro il fenomeno dell'assegnazione di ruoli "autonomi" ai GOT.

L'evoluzione è ben testimoniata dalla delibera del CSM del 25 gennaio 2012, recante «Risoluzione sui moduli organizzativi dell'attività dei giudici onorari in tribunale», in cui sono compendiate le istruzioni per il concreto impiego dei GOT secondo un ulteriore (e innovativo) modello, costituito dall'"affiancamento" al giudice togato⁵.

È utile evidenziare che, nella citata risoluzione del 2012, il CSM provvede ad impartire una direttiva generale importante, ai fini che qui rilevano: si sarebbe dovuto comunque evitare che il GOT fosse impiegato in attività (quali ad esempio la tenuta e l'aggiornamento dell'agenda delle udienze; l'effettuazione di ricerche giurisprudenziali; l'elaborazione di schede ragionate per ogni processo con indicazione delle parti, delle istanze avanzate, delle ordinanze adottate; la predisposizione di bozze di provvedimenti; eccetera) che prescindessero del tutto dalla celebrazione delle udienze⁶.

Si trattava di una preoccupazione legata, all'evidenza, proprio alle modalità di corresponsione del compenso.

L'assunto è dimostrato dal fatto che, quando in questo quadro normativo primario, "arricchito" dalle previsioni di matrice consiliare, venne introdotto l'ufficio per il processo (art. 50 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114, che inserì l'art. 16-*octies* all'interno del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221), quest'ultimo iniziò ad operare senza l'effettiva partecipazione dei GOT.

Secondo l'interpretazione fornita dal CSM nella delibera del 19 maggio 2019, l'ufficio per il processo si sostanzia in «una struttura tecnica in grado di affiancare il giudice nei suoi compiti e nelle sue attività, istituendo uno staff al servizio del magistrato e/o dell'ufficio».

Un'articolazione interna agli uffici di tribunale e di corte d'appello, dunque, destinata a supportare i giudici togati nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali in materia civile e penale.

Sin dalle intenzioni originarie del legislatore, la struttura avrebbe dovuto essere composta anche dai GOT, oltre che dal personale di cancelleria e da coloro che svolgono, presso i predetti uffici, il tirocinio formativo o la formazione professionale⁷.

⁵ In base al modulo del cosiddetto "affiancamento" al giudice professionale, ciascun giudice togato poteva essere assistito da un giudice onorario nella trattazione di procedimenti rientranti in categorie e materie individuate con criteri generali ed astratti dettati in sede tabellare. Preliminare all'affiancamento era considerato l'affidamento, al giudice togato, di un ruolo di procedimenti "aggiuntivo" rispetto a quello di cui fosse già titolare in forza della posizione tabellare occupata: il giudice togato poteva, di volta in volta, delegare al GOT il compimento di attività relative ai procedimenti ricompresi nel ruolo aggiuntivo. Tra tali attività poteva essere indicata – divenendo, ben presto, la regola – la redazione delle sentenze, anche nel settore civile.

⁶ A titolo di esempio, si indicavano attività quali l'emissione di decreti di convalida dei trattamenti sanitari obbligatori (TSO, *ex lege* n. 180 del 1978) o di decreti ingiuntivi.

⁷ In quest'ultimo ambito sono ricompresi sia i tirocini formativi di diciotto mesi *ex art.* 73 del d.l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito in l. 9 agosto 2013 n. 98, sia i tirocini *ex art.* 37, comma 5, del d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito in l. 15

La previsione di legge era sommamente generica, in quanto non specificava quali avrebbero dovuto essere i compiti del GOT nell'ambito dell'ufficio, e la sua attuazione era rimessa al CSM e al Ministro della giustizia "nell'ambito delle rispettive competenze"⁸.

Come anticipato, la partecipazione dei GOT in tale ufficio non fu mai resa effettiva, vista l'impossibilità (segnalata anche dalla già ricordata delibera del CSM del 19 maggio 2019), a legislazione allora (ed ancora) vigente, di remunerare la loro attività ove svincolata – come appunto è quella da svolgere in seno all'ufficio per il processo – dalla celebrazione dell'udienza.

Non diversa era la condizione originaria dei VPO, in quanto anche il loro impiego appariva in sostanza calibrato sulla sola partecipazione alle udienze.

L'art. 71 O.G. (poi abrogato in occasione del successivo intervento riformatore della magistratura onoraria del 2017), come sostituito dal d.lgs. n. 51 del 1998, stabiliva che alle Procure della Repubblica presso il tribunale ordinario potessero essere addetti magistrati onorari – appunto i VPO – per l'espletamento delle funzioni elencate nel successivo art. 72 nonché delle altre funzioni ad essi attribuite dalla legge.

Dal canto suo, l'art. 72 O.G. (pure abrogato dalla "Riforma Orlando"), disponeva che il procuratore della Repubblica potesse delegare nominativamente ai VPO l'esercizio delle funzioni di pubblico ministero, relativamente a procedimenti dei quali la legge attribuiva la cognizione al tribunale in composizione monocratica.

In origine, la disposizione di ordinamento giudiziario da ultimo citata prevedeva che le funzioni del pubblico ministero potessero essere svolte per delega nominativa attribuita al VPO solo per l'udienza dibattimentale (lett. *a*).

Successivamente, per effetto del d.lgs. 2 febbraio 1990, n. 15, veniva ammessa la delega ai VPO anche per le funzioni di pubblico ministero nell'udienza di convalida dell'arresto (lett. *b*), ossia in udienze non dibattimentali.

Ancora, lo stesso d.lgs. n. 15 del 1990 introduceva la possibilità di delegare il VPO anche per la richiesta di emissione del decreto penale di condanna (lett. *c*), così rendendo delegabile anche lo svolgimento di un'attività propria del pubblico ministero da compiersi al di fuori dell'udienza, dibattimentale o camerale che fosse.

La gamma delle attività delegabili ai VPO, ai sensi dell'art. 72 O.G., infine, venne ampliata dal d.lgs. n. 51 del 1998, istitutivo del giudice unico: ai VPO poteva essere delegato lo svolgimento delle funzioni di pubblico ministero anche in vari tipi di altri procedimenti camerale (lett. *d*), nonché nei procedimenti civili (lett. *e*).

Come per i GOT, si trattava, dunque, di funzioni essenzialmente legate alla partecipazione a un'udienza, dibattimentale o camerale, con l'unica (marginale) eccezione costituita dalla possibilità di delegare i VPO anche per la richiesta di emissione del decreto penale di condanna (lett. *c*)⁹.

Per questo motivo, l'art. 4 del d.lgs. n. 273 del 1989, vigente al momento della riforma del giudice unico di primo grado operata con il d.lgs. n. 51 del 1998, disponeva che sia ai GOT che ai VPO spettasse una indennità «per ogni udienza», con il limite di due indennità al giorno.

luglio 2011 n. 111, oggetto di convenzioni stipulate dai capi degli uffici con le facoltà universitarie di giurisprudenza, con le scuole di specializzazione per le professioni legali e con i consigli dell'ordine degli avvocati per consentire ai più meritevoli, su richiesta dell'interessato e previo parere favorevole del CSM, lo svolgimento presso i medesimi uffici giudiziari del primo anno del corso di dottorato di ricerca, del corso di specializzazione per le professioni legali o della pratica forense per l'ammissione all'esame di avvocato.

⁸ La nuova struttura iniziò a prendere forma a partire dal decreto attuativo del Ministero della giustizia del 1° ottobre 2015, che, nel fissare (però sempre molto genericamente) le linee guida per il funzionamento dell'ufficio, ne demandò la costituzione ai presidenti di corte d'appello e di tribunale. Per parte sua, il CSM intervenne molto più tardi, adottando le prescrizioni organizzative contenute nella circolare sulle tabelle per il triennio 2017/2019 (art. 10 e 10-*bis*, poi trasfusi, con marginali modifiche, negli artt. 10 e 11 della circolare per il triennio 2020/2022, attualmente vigente), successivamente specificate nelle già ricordate linee guida del 15 maggio 2019 (successivamente aggiornate con delibera del 13 ottobre 2021).

⁹ Questa modesta differenza, poco significativa (perché limitata ad un unico strumento processuale – peraltro allora di scarso impiego nella pratica – delegabile al VPO a prescindere dalla partecipazione all'udienza), rimase sostanzialmente inalterata per un decennio, passando indenne anche per la riforma del cosiddetto giudice unico.

Successivamente, però, il catalogo delle attività delegabili ai VPO, in forza della clausola generale contenuta nell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 71 O.G., si è arricchito, per effetto delle disposizioni contenute nel d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 recante la disciplina della competenza penale del giudice di pace, rendendo molto più marcata la distinzione qualitativa e quantitativa delle funzioni attribuite alle due figure di magistratura onoraria di primo grado.

L'art. 50 di tale *corpus* normativo ha previsto, infatti, che le funzioni di pubblico ministero possono essere svolte dai VPO, oltre che nelle attività di udienza (come già innanzi al tribunale in composizione monocratica), anche per le specifiche attività indicate dagli artt. 15 e 25¹⁰.

Si tratta di ulteriori attività che – come già era accaduto per la sola presentazione della richiesta di decreto penale di condanna innanzi al giudice per le indagini preliminari del tribunale – vengono espletate a prescindere dalla partecipazione a un'udienza, camerale o dibattimentale che sia: formulazione dell'imputazione o redazione della richiesta di archiviazione (o del parere contrario alla citazione della persona nei cui confronti il ricorso è stato presentato), attività d'indagine, eccetera.

Veniva, dunque, ampliato notevolmente il ventaglio delle funzioni delegabili al VPO, differenziandosi così, in modo netto, la sua posizione rispetto a quella del GOT: mentre quest'ultimo avrebbe continuato ad esercitare funzioni esclusivamente legate alla celebrazione di un'udienza, al VPO veniva riconosciuta la possibilità di espletare attività anche indipendentemente dalla partecipazione all'udienza (e comunque attività non necessariamente accessoria a quest'ultima).

Non essendo stato contestualmente modificato l'art. 4 del d.lgs. n. 273 del 1989, tuttavia, queste ultime prestazioni non potevano essere remunerate, appunto perché diverse dalla partecipazione all'udienza, unico criterio normativo all'epoca contemplato per la corresponsione del compenso.

Emerse, allora, un profilo di discriminazione, ma in senso inverso rispetto a quello prospettato dal Tribunale di Genova nel giudizio costituzionale sfociato nella [sentenza n. 172 del 2021](#), qui in esame.

La situazione apparve distonica agli stessi uffici ministeriali, ben consci della difficoltà di “pretendere” dai VPO lo svolgimento di attività non remunerata, diversa (ed anzi proprio indipendente) da quella di udienza, eppure essenziale soprattutto per far decollare il processo penale innanzi al giudice di pace, in forza della normativa entrata in vigore il 2 gennaio 2002.

Come risulta dalla sua circolare prot. 1/165/02/U del 21 febbraio 2002, la Direzione generale per la giustizia civile aveva già segnalato l'incongruenza in data 22 febbraio 2001: fu, dunque, rappresentata «l'opportunità di provvedere ad un'integrazione della normativa vigente», prevedendo espressamente il diritto al compenso per i magistrati onorari requirenti che fossero delegati allo svolgimento delle indicate funzioni.

Tuttavia, gli interventi di normazione primaria (uno dei quali successivo alla suddetta segnalazione ministeriale) che incrementarono gli importi dell'indennità, pur operando sul testo dell'art. 4 del d.lgs. n. 273 del 1989 (d.l. 24 novembre 2000, n. 341, e l. 28 dicembre 2001, n. 448), non modificarono mai il riferimento alla sola udienza, come parametro di commisurazione dell'indennità anche per i VPO.

L'amministrazione tentò di offrire una soluzione in via interpretativa, “forzando” il senso della *littera legis*: con la citata circolare del 2002, infatti, si ribadì che la mancata previsione espressa di un diritto al compenso per i VPO, ove delegati allo svolgimento di funzioni giudiziarie diverse dalla partecipazione ad udienze, fosse irragionevole e foriera di dubbi di legittimità costituzionale, «con riferimento agli artt. 3 e 36 Cost.», sicché si ritenne che l'indennità prevista dall'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 273 del 1989 spettasse anche per lo svolgimento di attività delegate diverse da quella

¹⁰ L'art. 15, in particolare, prevede che il pubblico ministero, una volta ricevuta la relazione della polizia giudiziaria che ha proceduto alle indagini di propria iniziativa, se non richiede l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione e autorizzando la citazione dell'imputato. Se ritiene necessarie ulteriori indagini, vi provvede personalmente ovvero si avvale della polizia giudiziaria, impartendo direttive o delegando il compimento di specifici atti.

L'art. 25 disciplina, invece, le attività dell'ufficio di procura in caso di ricorso immediato al giudice da parte della persona offesa e stabilisce che, entro dieci giorni dalla comunicazione del ricorso, il pubblico ministero presenta le sue richieste nella cancelleria del giudice di pace. In particolare, se ritiene il ricorso inammissibile o manifestamente infondato, ovvero presentato dinanzi ad un giudice di pace incompetente per territorio, il pubblico ministero esprime parere contrario alla citazione altrimenti formula l'imputazione confermando o modificando l'addebito contenuto nel ricorso.

consistente nel sostenere la pubblica accusa in udienza (l'interpretazione fu poi ribadita con la circolare 15 marzo 2006 della medesima Direzione ministeriale).

Nessuna esigenza di riequilibrare la posizione dei GOT rispetto ai VPO fu invece avvertita dai medesimi uffici ministeriali, i quali anzi, con riferimento all'attività legata all'udienza (che continuava a costituire il minimo denominatore comune delle funzioni attribuite alla magistratura onoraria di primo grado), adottarono, per entrambe le figure di magistrati onorari, una interpretazione strettamente aderente al testo normativo.

Va evidenziato, infatti, come l'art. 4 d.lgs. n. 273 del 1989 (sia nel testo all'epoca vigente, sia nel testo attuale), considera "irrilevanti", ai fini della corresponsione dell'indennità giornaliera, tutte le attività accessorie alla celebrazione dell'udienza (per il GOT) e (quanto al VPO) alla partecipazione ad essa. Ciò indipendentemente dal fatto che tali attività siano preliminari (ad es., studio degli atti, comune a GOT e VPO) o successive (ad es., redazione delle sentenze o delle ordinanze all'esito di scioglimento di riserva, per il GOT¹¹; compilazione dei c.d. "statini di udienza" contenenti la comunicazione alla segreteria degli adempimenti successivi posti dal giudice a carico dell'ufficio di procura¹², per il VPO).

Sono quindi le attività accessorie all'udienza, che si svolgono appunto al di fuori del perimetro temporale di svolgimento della stessa, ad essere escluse – dalla legislazione vigente – dal diritto al compenso, come chiarito sin dalla circolare n. 48171.U del 2.4.2009 della medesima Direzione generale della giustizia civile e ribadito ancora di recente dagli uffici ministeriali¹³.

Nessuna di queste attività *accessorie* all'udienza è mai stata compensata, né se svolta dal GOT, né se svolta dal VPO.

Ciò chiarito, e tornando alla discriminazione di cui si è parlato (quella a danno dei VPO, delegati a svolgere attività *indipendente* dall'udienza, senza diritto al compenso), risultava evidente la carenza di base legale a sostegno della lettura estensiva operata in via interpretativa dal Ministero della giustizia: un compenso (pur se doverosamente) riconosciuto al VPO per l'attività svolta *indipendentemente* dalla partecipazione a un'udienza, se basato esclusivamente su un'interpretazione "estensiva" adottata da uffici ministeriali con proprie circolari, avrebbe potuto comportare l'insorgere di un rilevante contenzioso, almeno in quelle sedi in cui si fosse scelto, anche per i ricorrenti problemi di *budget*, di non aderire alla lettura fornita a livello centrale e di fermarsi alla lettera della legge¹⁴.

¹¹ La redazione della sentenza è sempre stata considerata "appendice" dell'udienza, così come la redazione delle ordinanze pronunciate a scioglimento delle riserve, sicché i GOT non vengono compensati in via autonoma per tale attività, se svolta fuori udienza. Solo nel caso in cui la redazione sia contestuale all'udienza – ossia se la sentenza venga letta in udienza e riportata nel relativo verbale – il tempo impiegato per tale attività rientra nel computo per la determinazione del compenso, così come nel caso di lettura in udienza di ordinanze assunte senza riserva (in tal senso, si vedano i provvedimenti n. 28248.U del 24 febbraio 2010 e n. 123930.U del 18 giugno 2018, riportati nel Foglio di informazione della Direzione generale della giustizia civile n. 3 del 2018).

¹² Ad esempio, citazione testimoni, selezione dei documenti da produrre, eccetera.

¹³ Fino al 31 dicembre 2021, invece, e dunque nell'ambito del regime transitorio entro il quale continua ad applicarsi la precedente disciplina dell'indennità giornaliera *ex art.* 4 del d.lgs. n. 273 del 1989, la Direzione generale della giustizia civile ha infatti avuto modo di affermare – quanto all'attività degli *ex* GOT – che restano escluse dalla corresponsione del compenso le attività di mera redazione di sentenze e provvedimenti e di mero studio degli atti (prot. DAG n. 147376.U del 20 luglio 2018, pubblicata sul foglio di informazione della giustizia civile n. 3 del 2018; sul punto è conforme la delibera del 28 febbraio 2018 del CSM): la corresponsione delle indennità giornaliera, infatti, si ricollega necessariamente allo svolgimento di attività di udienza (pubblica o camerale), e quindi non spetta per l'attività svolta dal GOT nell'ambito dell'Ufficio per il processo, né prima né dopo l'entrata in vigore della legge di riforma della magistratura onoraria.

Analogamente, con riferimento all'attività dei VPO, con nota prot. DAG n. 131718.U del 1° luglio 2019, la Direzione generale della giustizia civile ha chiarito che, come per il passato, possono essere liquidate indennità solo per attività delegabili "a norma delle vigenti disposizioni di legge", ossia per quelle ora indicate dall'art. 16, comma 1, lett. b) della "Riforma Orlando" (che, a sua volta, rinvia alle attività di cui al successivo art. 17, corrispondenti a quelle delegabili già secondo il vecchio regime), con esclusione delle attività accessorie quali lo studio dei fascicoli, l'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale, la predisposizione delle minute dei provvedimenti, eccetera.

¹⁴ Un tale contenzioso ebbe effettivamente luogo in alcune sedi, come è testimoniato dall'[ordinanza n. 29 del 2015 della Corte costituzionale](#), chiamata allora a decidere su una questione di legittimità costituzionale sollevata nell'ambito di un giudizio di opposizione proposto da un VPO avverso un'ingiunzione di pagamento notificatagli dal direttore amministrativo della Procura della Repubblica di Prato, con la quale si richiedeva la restituzione di quanto corrisposto

Fu questa la ragione per cui l'art. 3-bis del d.l. n. 151 del 2008 intervenne per modificare l'art. 4 del d.lgs. n. 273 del 1989 nel senso contestato dal Tribunale di Genova: la norma censurata giungeva infatti a fornire copertura legislativa ad una prassi amministrativa, fondata, come si è detto, proprio sui compiti diversi – e più ampi rispetto alle attività di udienza – attribuiti ai soli VPO¹⁵.

Non si trattò, in definitiva, di introdurre una disciplina di favore per i VPO, con lesione del principio di uguaglianza rispetto ai GOT, quanto di offrire copertura legislativa a un rimedio introdotto in via interpretativa per eliminare una discriminazione contraria, che avrebbe impedito, ove il silenzio della legge non fosse stato provvisoriamente “riempito” di contenuto dalle circolari ministeriali, di compensare nuove attività delegabili al VPO (e repute essenziali per il buon funzionamento del sistema) del tutto sganciate dalla celebrazione dell'udienza.

Restò ferma, invece, la “neutralità economica” delle attività già precedentemente svolte, sia dal GOT che dal VPO, in stretta connessione con la celebrazione della (o con la partecipazione alla) udienza, ove compiute al di fuori del perimetro temporale di durata di quest'ultima, come rilevata dai relativi verbali.

Dalla disamina del contesto normativo di riferimento, e in particolare dalla sua evoluzione, la Corte ha fatto correttamente discendere, in stretta aderenza ai limiti del *thema decidendum*, la non fondatezza della questione sollevata con riferimento all'art. 3 Cost., sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza, affermando che la differenza di trattamento tra GOT e VPO, in punto di determinazione dell'indennità, trova giustificazione nel più ampio ventaglio di funzioni attribuite al secondo, al quale possono essere delegate anche attività indipendenti dalla partecipazione a un'udienza¹⁶.

per lo svolgimento, negli anni 2005 e 2006 (e dunque, proprio in virtù dell'interpretazione estensiva fornita dalle circolari ministeriali, prima della novella del 2008), di attività diverse dalla partecipazione alle udienze, sebbene tutte svolte nell'ambito della delega ai sensi di cui all'art. 50 del d.lgs. n. 274 del 2000.

Il giudice rimettente reputava non manifestamente infondata la questione sollevata sull'art. 4 del d.lgs. n. 273 del 1989, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui – nel testo applicabile *ratione temporis* – non prevedeva la corresponsione ai VPO di una indennità anche per le attività delegate che si svolgessero fuori udienza: per il rimettente dell'epoca, non era conforme al principio di ragionevolezza «ritenere che al VPO [spettasse] una indennità solo per alcune delle attività delegategli [*id est*: la partecipazione a un'udienza] – e che ovviamente non può rifiutarsi di prestare – ed affermare che per le altre non gli spetti alcunché».

La Corte, in quella occasione, dichiarò manifestamente inammissibile la questione, ritenendo generico il *petitum*, poiché il giudice *a quo* non aveva specificato il “tipo” di intervento sollecitato, «lasciando alla Corte di svolgere il non consentito compito di calibrare una decisione di accoglimento secondo una tra le tante opzioni possibili (sull'*an*, sul *quantum* e sul *quomodo* delle ulteriori indennità eventualmente da riconoscere al vice procuratore onorario), nessuna delle quali costituzionalmente vincolata».

¹⁵ L'assunto è confortato dai lavori parlamentari. Il relatore alla Camera, on. Scelli, nella seduta di Aula del 17 novembre 2008, evidenziò che la *ratio* della differenziazione tra i criteri di determinazione del compenso tra GOT e VPO riposava sulle «nuove competenze attribuite per delega soprattutto ai vice procuratori onorari» (con evidente riferimento, appunto, ai nuovi compiti delegabili indipendentemente dalla partecipazione all'udienza). Un accenno analogo si coglie anche nelle parole dell'on. Paolini.

La legge, dunque, “codificò” una prassi già introdotta in via interpretativa dalla competente Direzione generale del Ministero della giustizia, che trovava giustificazione proprio nei compiti diversi – e più ampi rispetto alle attività di udienza – spettanti al VPO.

Non a caso, del resto, nessuno, nel corso del dibattito parlamentare, sollevò il problema della disparità di trattamento tra GOT e VPO. Vi fu, invece, chi (on. RAO, sempre nella seduta del 17 novembre 2008) evidenziò l'ingiustificata disparità di trattamento tra GOT e Giudici di pace, «che hanno una competenza per materia e per valore inferiore e una retribuzione mediamente superiore». Per superare tale disparità di trattamento – rilevata nel raffronto tra GOT e giudici di pace – era stato proposto un emendamento (primo firmatario on. Vietti) che puntava a modificare la disciplina dell'indennità per i GOT, avvicinandola a quella dei giudici di pace, prevedendo così anche una somma di 50 euro per ogni procedimento civile o penale definito con sentenza o con decreto penale di condanna e per ogni causa civile definita con estinzione o cancellazione dal ruolo. L'emendamento fu però respinto dall'aula, anche perché privo di copertura finanziaria.

¹⁶ È appena il caso di precisare che, se è vero che le attività delegabili di cui si tratta (come la redazione del capo d'imputazione, la richiesta del decreto penale di condanna o del decreto di archiviazione, questi ultimi in caso di opposizione dell'imputato o della persona offesa) possono dare luogo alla formazione di atti successivamente utilizzabili in udienza (pubblica o camerale), è anche vero che, per la natura impersonale dell'ufficio di procura, non è detto che il

4. Osservazioni intorno al decimum

È importante evidenziare come la Corte stessa si sia premurata di aggiungere che «tale giudizio di non fondatezza della questione, esclusivamente riferito al confronto “interno” alla disciplina dei compensi dei magistrati onorari (GOT e VPO), prescinde da ogni valutazione di merito su una disciplina che esclude – per entrambe le figure di magistrati onorari qui considerate – la remunerazione di attività *significative* [enfasi aggiunta, n.d.r.] svolte al di fuori dell’udienza».

Nell’ambito di un dibattito al quale la Corte – finora – è rimasta estranea (non essendo pervenute al suo scrutinio questioni sollevate censurando la razionalità intrinseca del sistema di compenso della magistratura onoraria), è questo il passaggio più rilevante da sottolineare.

Esso, infatti, letto in controtelaio, potrebbe far ritenere che la Corte – come sempre accade – non abbia scelto a caso i termini impiegati e, in particolare, l’aggettivo qualificativo delle attività svolte in stretta connessione con la celebrazione della (o con la partecipazione alla) udienza, ma al di fuori del lasso di tempo attestato dal relativo verbale (e per questo solo fatto non compensate). Si potrebbe, in altri termini, ritenere che la Corte sia stata ben consapevole delle criticità collegate alla appena illustrata “indifferenza economica” – sia per il GOT che per il VPO – di tali attività, sulle quali non ha potuto estendere il proprio giudizio, per il perimetro (limitato) della censura disegnato dal rimettente.

L’esclusione di rilievo economico per le attività di cui si sta discutendo, nella sua singolarità, non può che reputarsi effettivamente irragionevole.

L’art. 4 del d.lgs. n. 273 del 1989, nell’individuare l’oggetto del compenso riconosciuto a GOT e VPO, parla di «complessivo impegno lavorativo» (a prescindere dalla qualificazione che si voglia riconoscere al rapporto di servizio del magistrato onorario, profilo che esula dai confini della presente indagine¹⁷) e non si può disconoscere che in tale nozione rientrano anche attività altamente qualificanti come lo studio preliminare degli atti (necessario sia al GOT che al VPO per esercitare efficacemente le funzioni in udienza) oppure, ed anzi a maggior ragione, la redazione di sentenze e ordinanze (per il GOT) o la selezione dei documenti da produrre per l’udienza successiva (o la compilazione degli elenchi dei testimoni escussi, o ancora da escutere, per il VPO).

Ove svolte entro il perimetro cronologico dell’udienza, alcune di queste attività (in particolare la redazione di sentenze od ordinanze e la selezione dei documenti da produrre al giudice) danno diritto

VPO persona fisica che le abbia compiute sarà lo stesso che parteciperà alla successiva (ed eventuale) udienza, sicché non si può dire che vengano in rilievo attività che per quel VPO persona fisica debbano essere qualificate come “accessorie” ad un’udienza, in tal modo ricadendo nel (perdurante) divieto legislativo di remunerazione autonoma di attività meramente “collaterali” rispetto alla partecipazione all’udienza.

¹⁷ È sufficiente ricordare che la Corte costituzionale ha più volte affermato che la posizione giuridico-economica dei magistrati professionali non si presta a un’estensione automatica nei confronti dei magistrati onorari tramite evocazione del principio di eguaglianza. Nel pensiero della Corte, la differente modalità di nomina, radicata nella previsione dell’art. 106, secondo comma, Cost., il carattere non esclusivo dell’attività giurisdizionale svolta e il livello di complessità degli affari trattati rendono conto dell’eterogeneità dello *status* del giudice di pace, dando fondamento alla qualifica “onoraria” del suo rapporto di servizio ([sentenza n. 267 del 2020](#)). Nella medesima pronuncia da ultimo citata, tuttavia, la stessa Corte ha dato espressamente atto della identità (si potrebbe dire “ontologica”) della funzione del giudicare svolta dal magistrato professionale come da quello onorario e, quindi, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 18, comma 1, del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito in l. 23 maggio 1997, n. 135, nella parte in cui non riconosce al giudice di pace il diritto al rimborso, viceversa riconosciuto ai dipendenti statali, per le spese legali sostenute nei giudizi di responsabilità, quando questi siano stati promossi per fatti di servizio e si siano conclusi con accertamento negativo della responsabilità. Si tratta di una statuizione che certamente ha esercitato una certa influenza sull’attuale dibattito politico intorno alle garanzie, non solo economiche, da riconoscere alla magistratura onoraria. Secondo quanto annunciato in un recente comunicato stampa di fonte ministeriale (sul quale *infra*, par. 5), si profila, infatti, quanto allo *status* giuridico, una “stabilizzazione” «nelle attuali funzioni di tutta la magistratura in servizio, secondo un procedimento da completare nell’arco di tre anni, in base all’anzianità di incarico e previo superamento di apposito esame», che verrebbe condotto «in ossequio all’art. 97 della Costituzione, mediante prove con modalità in via di definizione, volte a valorizzare le esperienze pregresse e tenendo conto delle procedure di conferma già esistenti».

al compenso, come incontestabilmente riconosciuto dai provvedimenti n. 28248.U del 24 febbraio 2010 e n. 123930.U del 18 giugno 2018 (riportati nel Foglio di informazione della Direzione generale della giustizia civile n. 3 del 2018).

Viene in rilievo, tuttavia, una irragionevolezza “intrinseca” del sistema di remunerazione del GOT che non dipende da un confronto con la disciplina dettata per il VPO, che ne condivide, anzi, gli effetti distorsivi.

Ciò che ha impedito alla Corte di occuparsene, alla luce del diverso profilo di censura costruito dal giudice rimettente, tutto incentrato sul confronto tra le funzioni svolte dal GOT e dal VPO – erroneamente valutate come assimilabili – ed al solo fine di estendere al primo la disciplina dettata per il secondo.

Peraltro, la complessiva valutazione d’irragionevolezza è aggravata da un’altra circostanza.

Il legislatore, infatti, ha ommesso, da ormai venti anni, di rivalutare la misura dell’indennità, come previsto ai sensi dell’art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 273 del 1989, che tuttavia rimette tale operazione all’iniziativa discrezionale dei Ministeri competenti (sui quali, a tenore della disposizione richiamata, non grava un vero e proprio obbligo¹⁸).

Se questo è vero in principio, c’è però da chiedersi quali potrebbero essere gli esiti della sollevazione di un’altra questione su vicende analoghe a quella che ha dato origine alla [sentenza n. 172 del 2021](#), ma confezionata sulla lesione dell’art. 3 Cost. sotto il profilo della razionalità intrinseca della disciplina.

In breve: come potrebbe la Corte rimediare al *vulnus*, ove accertato, al cospetto di una pluralità di strumenti di misurazione del tempo occorrente al GOT per lo svolgimento delle attività “accessorie” all’udienza? Si tratta di un profilo evidentemente rimesso all’ampia discrezionalità del legislatore¹⁹.

Certo, è un dato di fatto che, negli ultimi anni, la Corte costituzionale sembra abbia spesso ignorato il tradizionale vincolo delle “rime obbligate”, in favore di un approccio teso a privilegiare, per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento, l’individuazione di «“precisi punti di riferimento e soluzioni già esistenti”» (*ex multis*, [sentenze n. 224 del 2020](#) e [n. 233](#) e [n. 222 del 2018](#); [n. 236 del 2016](#)).

Paradigmatica, in tal senso, tra le più recenti, è la [sentenza n. 157 del 2021](#), la quale, nel richiamare la precedente [sentenza n. 63 del 2021](#), afferma che la «ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale risulta [...] condizionata non tanto dall’esistenza di un’unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell’ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore».

Nel caso di specie, sarebbe possibile utilizzare un criterio già rinvenibile nell’ordinamento, e proprio nella stessa disposizione di cui è questione di legittimità costituzionale, ipotizzando l’estensione ai GOT (ora GOP) del sistema attualmente previsto per l’attività delegata ai VPO, diversa da quella di udienza: si tratterebbe, in sostanza, di rimettere al presidente del tribunale la rilevazione della “permanenza in ufficio” del GOP, per lo svolgimento di attività collaterale all’udienza.

C’è da temere, però, che in cause come quelle oggetto del giudizio in esame si tratterebbe della classica vittoria di Pirro.

¹⁸ Ai sensi della disposizione citata nel testo, infatti, «[l]’ammontare delle indennità previste dai commi 1 e 2 può essere adeguato ogni tre anni, con decreto emanato dal ministro di grazia e giustizia di concerto con il ministro del tesoro, in relazione alla variazione, accertata dall’ISTAT, dell’indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, verificatasi nel triennio precedente».

¹⁹ Basti pensare che, nel corso dei lavori parlamentari sul d.d.l. A.S. 1478 (uno di quelli confluiti poi nel testo base ancora all’esame della competente commissione), l’on. Modena, proprio con riferimento alla “retribuzione” del lavoro fuori udienza prestato dai GOT e alla misurazione di quest’ultimo, ha proposto un emendamento volto sia a misurare il tempo di presenza in ufficio – mediante mezzi di controllo fisici o digitali dell’orario di entrata e di uscita, o di connessione con la consolle del magistrato – sia a riconoscere una indennità separata per ogni provvedimento decisorio emesso fuori udienza, differenziato a seconda della forma assunta (sentenza, ordinanza o decreto), sulla falsariga di quanto previsto per i giudici di pace.

Un simile criterio avrebbe senso, certamente, per l'attività prestata dopo l'ipotetica pronuncia di accoglimento, in quanto i dirigenti dei tribunali potrebbero organizzare i sistemi di rilevazione *pro futuro*.

Non altrettanto è a dirsi per l'attività già prestata, rispetto alla quale sarebbero avanzate richieste di compenso nei limiti dell'intervenuta prescrizione dei diritti di credito vantati²⁰.

Si può certo ipotizzare l'esistenza di un dirigente-sciamano, dotato di straordinarie capacità predittive, in forza delle quali abbia, in passato, registrato l'attività svolta fuori udienza dai GOT, nonostante il silenzio della legge sul punto. Ma non è certo questa la normalità.

Senza contare che il criterio proposto non sarebbe idoneo a misurare l'attività svolta – come accade comunemente – nel proprio domicilio.

5. Uno sguardo al futuro

La “Riforma Orlando”, nel modificare il sistema dei compensi, ha offerto un primo tentativo di colmare queste incomprensibili falle nel sistema, sebbene in misura giudicata insufficiente dalle associazioni di categoria.

E lo ha fatto anche per rendere finalmente operativa la partecipazione dei magistrati onorari all'ufficio per il processo²¹.

Nel disegno riformatore del d.lgs. n. 116 del 2017, infatti, i GOP saranno destinati a confluire nell'ufficio per il processo in affiancamento al giudice professionale (art. 10) mentre i VPO saranno chiamati a partecipare alla nuova struttura denominata “Ufficio di collaborazione con il Procuratore”²²: in entrambi i casi, solo il passaggio all'indennità annuale onnicomprensiva introdotta dalla riforma attuata con il d.lgs. n. 116 del 2017 – e, allo stato, in fase di *stand by* – consentirà di ritenere “economicamente coperte” anche le attività di collaborazione dei GOP sganciate dalla celebrazione dell'udienza, e che vengono per la prima volta puntualmente previste e disciplinate, nonché le attività di collaborazione dei VPO diverse da quelle in precedenza delegabili ai sensi dell'art. 72 O.G. e 50 del d.lgs. n. 274 del 2000.

Il d.lgs. n. 116 del 2017 è stato oggetto di svariate critiche, che hanno riguardato soprattutto la situazione dei magistrati onorari già in servizio alla data di entrata in vigore della riforma e hanno toccato anche il profilo del compenso riconosciuto.

Il fine dichiarato dal d.lgs. n. 116 del 2017 è quello di pervenire, anche sul piano retributivo, a una tendenziale unitarietà del trattamento per tutti i magistrati onorari.

Il d.lgs. n. 116 del 2017 stabilisce all'art. 23 nuovi criteri di determinazione delle indennità.

In sintesi, l'indennità giornaliera viene sostituita da una indennità annuale onnicomprensiva, composta però da una parte fissa e da una parte variabile di risultato (art. 23, comma 1), con importi flessibili a seconda delle funzioni attribuite.

²⁰ È noto, infatti, che l'efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale costituisce principio generale che trova un unico limite nei rapporti esauriti in modo definitivo: per rapporti esauriti, i cui effetti non vengono intaccati da successive pronunce di incostituzionalità, debbono intendersi, oltre quelli che sul piano processuale hanno trovato la loro definitiva conclusione mediante sentenza passata in giudicato, anche quelli rispetto ai quali si siano verificate preclusioni processuali o sia decorso il termine di prescrizione o di decadenza per far valere i diritti ad essi relativi (in tal senso, Cass. sez. II, 22 gennaio 2019, n. 1644; Cass., sez. lavoro, 7 luglio 2016, n. 13884; Cass., sez. III, 8 maggio 2014, n. 9977, solo per citare le più recenti).

²¹ Si tratta, del resto, di una struttura ritenuta strategica per centrare gli ambiziosi obiettivi fissati nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), in materia di giustizia, primo fra tutti quello dell'abbattimento dell'arretrato. A tal fine, il d.l. n. 80 del 2021, come convertito, per favorire la piena operatività dell'istituto, ha previsto (artt. 11 e ss.) il reclutamento di un contingente straordinario di personale da destinare proprio alle strutture organizzative denominate Ufficio per il processo.

²² Sul modello dell'ufficio per il processo negli uffici giudicanti, infatti, il d.lgs. n. 116 del 2017 ha istituito, in ogni Procura della Repubblica, l'ufficio di collaborazione del Procuratore, che si avvale dei VPO, del personale di segreteria e della composita categoria dei cosiddetti tirocinanti.

E così, ai GOP che esercitano la giurisdizione in materia civile e penale e la funzione conciliativa in materia civile, nonché ai VPO che svolgono le attività e adottano i provvedimenti a loro delegati, l'indennità annuale lorda è prevista in una misura fissa pari ad euro 16.140, comprensiva di oneri previdenziali e assistenziali e corrisposta con cadenza trimestrale (art. 23, comma 2).

Ai GOP e ai VPO, inseriti rispettivamente nell'ufficio per il processo e nell'ufficio di collaborazione del procuratore della Repubblica, spetta invece un'indennità annuale lorda, sempre stabilita in misura fissa, ma pari all'ottanta per cento di quella di cui al comma 2 (art. 23, comma 3).

Le indennità fisse previste dai commi 2 e 3 dell'art. 23 non sono tra loro cumulabili (art. 23, comma 4). In ogni caso, tale "remunerazione" è computata al lordo delle ritenute fiscali ed è «comprensiva degli oneri previdenziali ed assistenziali» (art. 23, comma 2). Nessun altro emolumento è dovuto (art. 23, comma 11).

Si prevede, poi, che il presidente del tribunale e il procuratore della Repubblica, entro il 31 gennaio di ogni anno, assegnino rispettivamente ai GOP ed ai VPO gli obiettivi da raggiungere nell'anno solare. Con cadenza annuale il presidente del tribunale e il procuratore della Repubblica certificano il grado di conseguimento dei risultati e propongono la liquidazione dell'indennità di risultato, indicandone la misura, che non può essere inferiore al quindici per cento e neppure superiore al trenta per cento dell'indennità fissa spettante ai sensi dei commi 2 o 3, sulla base del conseguimento degli obiettivi assegnati.

Per i magistrati onorari già in servizio, il regime dell'indennità onnicomprensiva è stata immediatamente posticipata alla scadenza del primo quadriennio successivo all'entrata in vigore del d.lgs. n. 116 del 2017 (art. 31, comma 1) e, successivamente, al 31 dicembre 2021.

In disparte l'obiettivo esiguità dei compensi previsti – che pure riveste un non marginale rilievo nell'ambito delle critiche diffusamente rivolte alla riforma²³ – sta di fatto che, allo scopo di superare le problematiche variamente connesse ai meccanismi farraginosi disseminati lungo l'intero testo normativo, nel corso del 2019 è stato presentato un progetto di modifica da parte del Ministro della giustizia, in corso di esame in Parlamento (d.d.l. A. S. n. 1516).

Le modifiche proposte hanno riguardato anche il regime delle indennità e sono contenute negli artt. 11 e 14 del d.d.l. A.S. n. 1516.

Viene, per un verso, prevista la reintroduzione del vecchio (e, per loro, molto favorevole) regime indennitario per gli *ex* giudici di pace²⁴, ma al contempo viene – nei fatti – aggravato il regime previsto per i vecchi GOT e VPO.

Vero che si prevede un congruo aumento dell'importo dell'indennità annuale onnicomprensiva (che può giungere anche ad euro 38.000, sempre al lordo degli oneri previdenziali e assistenziali).

Tuttavia, il passaggio al nuovo regime retributivo viene subordinato, non più a un termine, bensì a una condizione: continuerebbero ad applicarsi, infatti, le vecchie regole retributive (rispettivamente disciplinate dalla legge n. 374 del 1991 per i giudici di pace e dal d.lgs. n. 273 del 1989 per GOT e VPO) fino all'emanazione di un decreto del Ministro della giustizia (incerto nel *quando*) «che ne definisce le modalità e i limiti».

In attesa dell'adozione del suddetto decreto (ma stavolta con entrata in vigore immediata), viene però prevista una contestuale incisiva modifica (ritenuta peggiorativa dalle associazioni di magistrati onorari) al regime indennitario previsto dal d.lgs. n. 273 del 1989 (dunque, solo per i vecchi GOT e VPO): sarà necessario superare (non più cinque, bensì) otto ore per acquisire il diritto alla doppia indennità, il cui importo, peraltro, non viene in alcun modo rivalutato rispetto alla misura ferma ormai dal 2001.

²³ È sufficiente, a tale proposito, rinviare all'approfondito saggio di F. RUSSO, *Breve storia degli extranei nella magistratura italiana. Giudici onorari, avvocati e professori universitari immessi nella magistratura dall'Unità d'Italia al d.lgs. 12 luglio 2017, n. 116*, Roma, 2019.

²⁴ Al giudice di pace spettavano: un'indennità mensile (euro 258,23), a titolo di rimborso spese per l'attività di formazione, aggiornamento e per l'espletamento dei servizi generali di istituto, nonché compensi *ad hoc* per ogni singola attività esercitata, con il limite massimo annuo di 72.000 euro lordi (art. 11 della legge 21 novembre 1991, n. 374).

Proprio per la diffusa insoddisfazione provocata dal d.d.l. A.S. 1516, presso il Ministero della giustizia è stata istituita, con d.m. 23 aprile 2021, un'apposita Commissione «per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di magistratura onoraria», i cui lavori si sono conclusi in data 21 luglio 2021, con la predisposizione di emendamenti che dovrebbero essere apportati alle proposte di riforma confluite nel testo unificato attualmente all'esame del Parlamento.

Sul punto del compenso, la relazione finale elaborata dalla Commissione rimarca la definitività della scelta «di abbandonare il cottimo»²⁵, in favore di una indennità unitaria onnicomprensiva, che, dunque, non dovrebbe più comporsi di una parte fissa e di una variabile e verrebbe corrisposta mensilmente (e non più a cadenza trimestrale). La Commissione, infatti, ha rilevato come la soluzione della “Riforma Orlando”, incentrata sulla dicotomia indennità fissa/quota variabile, quest'ultima vincolata al raggiungimento obiettivi annualmente formulati dai dirigenti degli uffici, sia «eccessivamente dipendente dalla discrezionalità dei diversi dirigenti sia quanto alla determinazione degli obiettivi, sia quanto all'assegnazione del singolo magistrato, con il rischio di creare forti discriminazioni e disparità di trattamento».

Nel proporre un'indennità fissa onnicomprensiva, accompagnata da adeguate verifiche continuative, la Commissione ha infine evidenziato – del tutto condivisibilmente – come l'importo indicato nel d.lgs. n.116 del 2017 (16.140 euro), anche qualora venisse aumentato della parte variabile originariamente prevista (ovvero nella misura del quindici o del trenta per cento), «arriverebbe a somme comunque molto limitate (€ 18.561,00 o € 20.982,00) e scarsamente appetibili [...]. Si tratterebbe di fatto di una indennità netta di € 1.100,00 al mese (per dodici mensilità)».

La Commissione, tuttavia, si è astenuta dal proporre importi diversi.

Essa, tuttavia, coerentemente alla proposta avente ad oggetto una nuova dimensione dell'impegno richiesto ai magistrati onorari già in servizio alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 116 del 2017 (rimodellata su un numero differenziato di giornate mensili: tredici, nove o cinque, secondo le disponibilità individuali), ha ritenuto appropriato indicare quantomeno un livello minimo – non inferiore a 2.200 euro mensili netti (per 12 mensilità) – per i magistrati onorari in servizio che scelgano la fascia di maggiore impegno²⁶, giungendo a ipotizzare un compenso, al lordo, superiore a quello (38.000 euro) individuato dal testo unificato in discussione in Parlamento.

Si tratta di un punto, ovviamente, molto delicato, venendo in rilievo una “norma di spesa”, naturalmente soggetta ad ampia discrezionalità legislativa, il cui esercizio è a sua volta legato alla necessità di trovare le necessarie coperture finanziarie. Ma è certamente meritevole il tentativo di contemperare due esigenze: da un lato, quella di eliminare le disparità tra le varie figure di magistrato onorario; dall'altro lato, quella di offrire un orizzonte di spesa sufficientemente stabile, tale da consentire al decisore politico di assumere determinazioni coerenti con le risorse finanziarie disponibili, riducendo il rischio di mancata copertura degli oneri.

Infine, non è senza rilievo che la Commissione abbia proposto un adeguamento ricorrente degli importi, confermando la tradizionale periodicità triennale (corrispondente alla durata dei normali cicli di bilancio), ma da operare in via automatica, e non più in base all'esercizio di un potere finora rimesso alla discrezionalità – peraltro non governata da criteri legislativamente predefiniti – dei Ministeri competenti (quello della giustizia e quello dell'economia).

La storia, però, non pare ancora giunta al suo epilogo.

Nel momento in cui si licenziano queste note, fonti (allo stato solo) giornalistiche²⁷ riferiscono che la ministra della giustizia, prof.ssa Cartabia, ha illustrato a rappresentanti della categoria interessata la

²⁵ Così, ancora, motiva la Commissione, evidenziando che se il cottimo «può avere avuto elementi positivi sotto il profilo della produttività, ha anche facilitato distorsioni che incoraggiavano il proliferare del contenzioso oltre che un impiego eccessivo ed anomalo dell'opera del magistrato onorario (che conveniva all'interessato che guadagnava di più e all'Ufficio giudiziario che ne beneficiava)».

²⁶ Tale valore è stato ricavato seguendo una delle tradizionali richieste delle associazioni di categoria e, dunque, all'esito di una comparazione con gli stipendi netti e lordi di alcune figure «di responsabilità e prestigio» dell'amministrazione giudiziaria e con quello del magistrato di prima nomina.

²⁷ *IlSole24ore* e *ItaliaOggi* del 23 novembre 2021.

nuova strada scelta dal Governo: non più modifiche al d.d.l. A. S. n. 1516, bensì emendamenti al disegno di legge di bilancio per il 2022 (d.d.l. A.S. n. 2448) presentato in Parlamento.

I contorni dell'intervento proposto, per le ovvie semplificazioni giornalistiche, sono ancora nebulosi.

In disparte i profili fortemente innovativi concernenti lo *status* dei magistrati onorari in servizio da lungo tempo, in questa sede interessa sottolineare che, quanto al trattamento economico, la Ministra avrebbe riferito «di ulteriori interlocuzioni tra il ministero della giustizia e il ministero dell'economia e delle finanze, al fine di arrivare, nel limite del possibile, ad un risultato corrispondente alle indicazioni fornite dalla commissione ministeriale».

È evidente che, se al comunicato seguiranno i fatti annunciati, il “vettore” prescelto – un emendamento al disegno di bilancio, che (come la storia recente insegna) spesso viene presidiato dalla posizione della questione di fiducia – rende più probabile la trasformazione in diritto positivo di progetti che avrebbero rischiato, altrimenti, di rimanere impantanati nelle “secche” di un defatigante dibattito parlamentare, su una materia che ha già registrato aspettative deluse.

C'è da sperare che l'attesa, evocata nel titolo delle presenti note, lunga e sfibrante per coloro che da decenni attendono un definitivo assestamento della loro condizione (ma anche nociva per la funzionalità del sistema giudiziario, ormai fortemente dipendente dall'apporto della magistratura onoraria), conduca celermente a un risultato rispettoso, a un tempo, dei principi costituzionali e sovranazionali.

Giovanna Razzano

Le incognite del referendum c.d. «sull'eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico

ABSTRACT: *The paper focuses on the referendum request aimed at repealing - except for some limited cases - the crime of consensual homicide. The A. analyses some controversial aspects of the request, taking into account the role of the Central Office at the Court of Cassation and the Constitutional Court case law on referendum admissibility, according to which is forbidden, inter alia, to call referendum for laws with a binding constitutional content.*

SOMMARIO: 1. La denominazione del referendum e la sua (non) corrispondenza con l'oggetto del quesito. – 2. Denominazione del quesito, libertà di voto e garanzie costituzionali. – 3. Sull'idoneità dello strumento referendario a raggiungere il fine perseguito dai promotori e a divenire «surrettiziamente propositivo». – 4. Le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e la ratio degli artt. 579 e 580 c.p. – 5. La categoria dei soggetti deboli e vulnerabili. – 6. L'abrogazione dell'omicidio del consenziente renderebbe unico il caso italiano. – 7. Sulle conseguenze di un'abrogazione dell'omicidio del consenziente.

1. La denominazione del referendum e la sua (non) corrispondenza con l'oggetto del quesito.

Lo scorso 21 aprile 2021 la *Gazzetta Ufficiale* ha annunciato che la Corte Suprema di Cassazione ha ricevuto una richiesta referendaria di abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., rubricato «omicidio del consenziente». Il comitato promotore, che si è definito «referendum eutanasia legale», ha poi dichiarato alla stampa, il successivo 8 ottobre, di aver raccolto e depositato presso l'Ufficio centrale per il referendum presso la medesima Cassazione oltre un milione di adesioni, di cui un terzo raccolto con modalità digitale¹, al fine di ottenere la legalizzazione dell'eutanasia, a fronte dell'«inerzia del Parlamento»².

Prima di qualunque altra considerazione, salta agli occhi la non corrispondenza fra la *denominazione* del referendum indicata dai promotori, «eutanasia legale», e l'*oggetto* dello stesso, che riguarda, piuttosto, l'abrogazione parziale del reato di «omicidio del consenziente»³. Qualora l'effetto abrogativo sortisse i suoi effetti, l'ordinamento giuridico non otterrebbe, di fatto, l'eutanasia, ma la depenalizzazione dell'omicidio del consenziente, eccetto alcuni casi limite. Accadrebbe che

¹ Su tale modalità di raccolta, introdotta tramite un emendamento in Commissione inserito nel c.d. “D.L. Semplificazioni” (che poi è stato votato dall'aula con un voto di fiducia), il Ministro della Giustizia aveva espresso parere negativo. Dal canto loro i promotori del referendum, fra cui l'[Associazione Luca Coscioni](#), hanno qualificato tale novità come «riforma letteralmente epocale che allarga al digitale i diritti civili e politici».

² L'idea secondo cui una legge sull'eutanasia sarebbe “obbligatoria” è frutto di una valutazione di tipo politico, priva di fondamento costituzionale. Lo stesso vale rispetto ad un presunto obbligo del Parlamento ad esaminare e approvare proposte di legge di iniziativa popolare. Non sussiste poi alcun dovere costituzionale del Parlamento di legiferare sotto dettatura della Corte costituzionale, oltretutto in materie come quella del fine vita, dove peraltro la Corte di Strasburgo riconosce la sussistenza di un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati membri, tenuto conto dell'art. 2 CEDU (cfr. *infra*, nt. 56). Come ricordato da M. ESPOSITO (Audizione presso le Commissioni riunite Giustizia e Affari sociali della Camera, 25 giugno 2019), «la Corte non può ordinare attività legislativa». Sulla divisione fra organi di governo e giurisdizione e sulla questione della legittimazione della Corte costituzionale, cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251; ID., *Il caso e la sua legge. Note sul caso Cappato/Dj Fabo*, in *Fam. e dir.*, 3/2020, 244. Sul problema delle “omissioni legislative”: A. RUGGERI, *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 24 gennaio 2020.

³ Come riconoscono, fra gli altri, R. ROMBOLI, *Riflessioni costituzionalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.* (versione provvisoria), in [amicus curiae](#), Seminari preventivi ferraresi, anticipazione della relazione al webinar del 26 novembre 2021, 7 e G. CRICENTI, *Intervista su Il referendum sull'eutanasia legale*, in *Giustizia Insieme*, domanda n. 4.

chiunque ragioni la morte di un uomo col consenso di lui non verrebbe più punito, a meno che il fatto non sia commesso «contro una persona minore degli anni diciotto, contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti oppure contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpiteo con inganno».

L'eutanasia è stata invece definita (e "proibita") dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nella risoluzione n. 1859 del 2012, [Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients](#), come «l'uccisione intenzionale, per azione od omissione, di un essere umano dipendente per suo presunto beneficio»⁴. Merita poi attenzione la World Medical Association, che, nella nota [Declaration on Euthanasia](#) (di ferma contrarietà al suicidio assistito e all'eutanasia), ne ha fornito una definizione, qualificandola come la somministrazione deliberata di una sostanza letale da parte di un medico o l'esecuzione di un suo intervento in grado di determinare la morte di un paziente che sia capace e che lo richieda volontariamente (*euthanasia is defined as a physician deliberately administering a lethal substance or carrying out an intervention to cause the death of a patient with decision-making capacity at the patient's own voluntary request*)⁵. Per quanto, dunque, la questione definitoria sia complessa⁶, esiste un ampio consenso internazionale attorno alla definizione di eutanasia, consolidato, fra l'altro, proprio dalle stesse leggi che l'hanno legalizzata, che prevedono, invariabilmente, l'aspetto dell'*intenzionalità* dell'uccisione di un soggetto malato⁷.

Le due fattispecie pertanto - l'eutanasia e la liberalizzazione, pressoché totale, dell'omicidio del consenziente - non coincidono, posto che, in questo secondo caso, non vengono in rilievo comportamenti medici, né soggetti affetti da patologie, né contesti clinico-sanitari, né diritti dei malati⁸. Il reato di omicidio del consenziente non si qualifica infatti in riferimento alle condizioni di salute della vittima, né alle motivazioni che possono indurre a chiedere la propria morte, né alle competenze professionali dell'omicida, che ben potrebbe non essere un medico e agire servendosi di armi comuni anziché di farmaci. Il tema della salute, quello dell'accanimento terapeutico, come pure del consenso informato (che richiederebbe, quanto meno, l'esistenza di una relazione di cura fra la vittima e l'omicida) esulano quindi dall'oggetto del referendum. Risulta pertanto del tutto fantasiosa e comunque priva di qualsiasi fondamento giuridico, l'affermazione dei promotori secondo cui «l'esito abrogativo del referendum farebbe venir meno il divieto assoluto dell'eutanasia e la consentirebbe limitatamente alle forme previste dalla legge 219/2017, in materia di consenso informato»⁹.

La questione della denominazione, del resto, è un aspetto tutt'altro che formale, ove si consideri che questa è riprodotta sulla scheda di voto e che contribuisce, in modo significativo, ad indirizzare le scelte dell'elettorato¹⁰ (e, ancor prima, quelle dei sottoscrittori, in questo caso anche *online*). Si tratta, del resto, di un tema attentamente considerato dalla dottrina, che investe tanto il controllo di

⁴ Cfr. punto 5 della risoluzione: *Euthanasia, in the sense of the intentional killing by act or omission of a dependent human being for his or her alleged benefit, must always be prohibited*. Cfr., sul punto, la [raccomandazione della medesima Assemblea parlamentare n. 1418/1999](#), per la quale *the right to life, especially with regard to a terminally ill or dying person, is guaranteed by the member states, in accordance with Article 2 of the European Convention on Human Rights which states that no one shall be deprived of his life intentionally*.

⁵ WMA [Declaration on Euthanasia and Physician-Assisted Suicide](#) adopted by the 70th WMA General Assembly, Tbilisi, Georgia, October 2019.

⁶ A. D'ALOIA, voce *Eutanasia* (dir. cost.), in *Digesto Disc. Pubbl. Agg.*, 2012, 301.

⁷ Cfr. ad es. art. 1 della legge olandese; art. 2 della legge belga e art. 1 della legge sull'eutanasia del Lussemburgo, su cui *infra*, note 51-53.

⁸ Cui si riferisce M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2/2016, 555.

⁹ Cfr. il [sito istituzionale](#) del comitato promotore.

¹⁰ Così P. CIARLO, *Intento referendario, ammissibilità e comunicazione politica*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, 1988, 105; G.M. SALERNO, *Il referendum*, Padova, 1992, 86-88; A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999, 294; A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010, 69.

legittimità, affidato dal legislatore all'Ufficio centrale¹¹, che quello di *ammissibilità*, affidato alla Corte costituzionale¹², che proprio sotto questo profilo tendono ad intersecarsi¹³.

Sul piano legislativo, comunque, l'art. 32 della l. n. 352/1970, così come modificato dalla l. n. n. 173/1995, indica che l'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione «*stabilisce*, sentiti i promotori, la denominazione della richiesta di referendum da riprodurre nella parte interna delle schede di votazione, *al fine dell'identificazione dell'oggetto del referendum*»¹⁴. Di fatto l'Ufficio centrale non ha mancato di intervenire per ridefinire i quesiti¹⁵, anche su richiesta della Corte costituzionale¹⁶, al punto da potersi constatare, specie rispetto a certe tornate referendarie, un certo «attivismo correttivo dell'Ufficio centrale»¹⁷. L'Ufficio centrale quindi, in conformità con le competenze attribuitegli dalla legge, ben potrebbe «stabilire», sentiti i promotori, una denominazione conforme all'oggetto del referendum.

2. Denominazione del quesito, libertà di voto e garanzie costituzionali.

Il tema della denominazione, comunque, non è circoscritto all'ambito del giudizio di *legittimità* della richiesta referendaria, venendo in rilievo anche nel giudizio di *ammissibilità*; è infatti strettamente collegato alla questione della chiarezza e completezza dei quesiti e, quindi, del diritto di voto, di cui agli artt. 1 e 48 della Costituzione¹⁸, come la Corte costituzionale ebbe a dire fin dalla [sent. n. 16/1978](#), e come ha ribadito da ultimo, con la [sent. n. 10/2020](#), per la quale il quesito da sottoporre al giudizio del corpo elettorale deve consentire una scelta libera e consapevole; infatti «la sovranità del popolo non comporta la sovranità dei promotori e il popolo stesso dev'esser garantito, in questa sede, nell'esercizio del suo potere sovrano»¹⁹.

Va peraltro ricordato che fu la stessa Corte costituzionale, sempre nella [sent. n. 16/1978](#), a sollecitare il legislatore ad introdurre norme attuative dell'art. 75 Cost., in modo da prevedere «appositi controlli delle singole iniziative, da effettuare - preferibilmente - prima ancora che vengano apposte le firme occorrenti a sostenere ciascuna richiesta; affinché gli stessi sottoscrittori siano messi preventivamente in grado d'intendere con precisione il valore e la portata delle loro manifestazioni di volontà»²⁰. E auspicò anche in seguito, con la [sent. n. 26/1981](#), l'«introduzione delle necessarie

¹¹ Cfr. artt. 32 e 33 della l. n. 352/1970. Sul controllo di *legittimità* cfr. R. PINARDI, *L'ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione. Natura, organizzazione, funzioni, ruolo*, Milano, 2000.

¹² Art. 2 della legge cost. 11 marzo 1953, n. 1 e art. 33 l. n. 352/1970.

¹³ P. CARNEVALE, *Noterelle in tema di motivazione della richiesta di referendum abrogativo, interpretazione della sua ratio e intendimenti soggettivi dei promotori nel giudizio sull'ammissibilità delle proposte ablatorie popolari*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 406, nonché ID., *Nuove incertezze e problemi inediti per il referendum abrogativo al varco del nuovo millennio, fra oscillante assetto del regime dei controlli e interferenza da delegificazione*, in F. Modugno, G. Zagrebelsky (a cura di), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino, 2001, 43; V. BALDINI, *L'intento dei promotori nel sindacato di costituzionalità del referendum abrogativo: continuità e discontinuità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Jus*, 1996, 183; G.M. SALERNO, *Alcune considerazioni in tema di effetti consequenziali del referendum «di principio» in materia elettorale*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 295-297; R. PINARDI, *Eliminazione, sostituzione o modifica della normativa sottoposta a referendum e poteri dell'Ufficio centrale*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 389; A. PERTICI, *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, (1996-1998) Torino, 1999, 462; A. MANGIA, *Referendum*, cit., 294; A. MORRONE, *Riflessioni problematiche sulla «denominazione della richiesta di referendum»*, in *Giur. it.*, 2000, fasc. 8-9, 1554.

¹⁴ Corsivo nostro.

¹⁵ Emblematiche le ordinanze dell'Ufficio centrale del 13 e 21 dicembre 1999.

¹⁶ Cfr. ordinanza U.C.R. n. 7 gennaio 1976, sulla base della [sent. n. 251/1975](#) della Corte cost.

¹⁷ P. CARNEVALE, *Nuove incertezze e problemi inediti*, cit., 49.

¹⁸ Così V. BALDINI, *L'intento dei promotori*, cit., 183; A. MANGIA, *Referendum*, cit., 294, per il quale «non sembra plausibile che in nome della libertà di voto la Corte costituzionale possa disporre l'inammissibilità del quesito, perché ingannevole nella sua strutturazione obiettiva, ma non possa intervenire a bloccare un quesito la cui intitolazione non corrisponda al senso o alla *ratio* che si desume dal quesito stesso».

¹⁹ Corte cost. [sent. n. 16/1978](#) e, da ultimo, [n. 10/2020](#).

²⁰ Punto 5 [sent. n. 16/1978](#).

garanzie di semplicità, di univocità, di completezza dei quesiti». Tali suggerimenti furono poi, almeno in parte, raccolti dalla l. n. 173/1995²¹, che ha riformato l'art. 32 della l. 352/1970, attribuendo appunto all'Ufficio centrale il compito di definire la denominazione del referendum al fine dell'identificazione del relativo oggetto.

L'art. 32, sotto questo profilo, esprime insomma una vera e propria esigenza costituzionale la quale, ove non soddisfatta in sede di controllo di legittimità, ben potrebbe venire in rilievo in sede di controllo di ammissibilità²². Ne è un esempio la [sent. n. 1/1995](#), in cui la Corte costituzionale affermò che la decisione di ampliamento della portata originaria del quesito abrogativo operata in quell'occasione dall'Ufficio centrale non fosse da considerarsi - ai fini del giudizio sulla chiarezza del quesito - una indicazione vincolante per la Corte stessa, «alla quale, in forza del disposto di cui all'art. 2, primo comma, della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, spetta, in via esclusiva, la funzione di giudicare sulla ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo, e, pertanto, di valutare se dette richieste posseggano i requisiti imposti dal dettato costituzionale e quindi, come nella specie, possano considerarsi “chiare” ai fini della loro ammissibilità».

Il giudice costituzionale, del resto, non sembra attribuire alla denominazione del referendum, per quanto individuata dall'Ufficio centrale in contraddittorio con i promotori, «lo statuto proprio dell'interpretazione autentica», né ha mai mostrato di riconoscere la «piena disponibilità della denominazione da parte dei comitati promotori»²³. Ben potrebbe allora anche la Corte costituzionale in sede di giudizio di ammissibilità, sindacare l'eventuale denominazione di «eutanasia legale» attribuita ad un referendum volto a liberalizzare parzialmente il reato di omicidio del consenziente, considerandola fuorviante rispetto alla chiarezza e completezza dei quesiti e alla libertà di voto, intesa come effettiva possibilità, per gli elettori, «d'intendere con precisione il valore e la portata delle loro manifestazioni di volontà».

3. Sull'idoneità dello strumento referendario a raggiungere il fine perseguito dai promotori e a divenire «surrettiziamente propositivo»

Va aggiunto che la questione del nome del referendum, poiché attiene all'identificazione del suo oggetto, si salda anche con la questione della congruenza fra gli obiettivi del comitato promotore, che chiaramente emergono dalla sua stessa denominazione - «eutanasia legale» - e quelli effettivamente conseguibili con l'abrogazione referendaria. Viene così in rilievo quel filone giurisprudenziale attinente, per così dire, alla *ragionevolezza del referendum*, intesa come idoneità di questo strumento rispetto al fine perseguito dai promotori²⁴. In questa diversa prospettiva, è a partire dall'obiettivo della legalizzazione dell'eutanasia che la Corte potrebbe valutare l'inidoneità del referendum ad ottenere effettivamente tale scopo.

Già in passato, infatti, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità del quesito, affermando che lo strumento referendario, nella fattispecie, si presentava inidoneo a raggiungere l'obiettivo. Ciò è avvenuto con la [sent. n. 35/2000](#)²⁵, a proposito della “smilitarizzazione della Guardia di finanza”, che avrebbe richiesto, piuttosto, di essere attuata «mediante complessi interventi normativi». Nello stesso anno, con la [sent. n. 36 del 2000](#) (in tema di assicurazione contro gli infortuni e del ruolo dell'INAIL) la Corte ha negato l'ammissibilità del quesito osservando che «nel presente caso lo strumento referendario appare inidoneo a raggiungere il menzionato fine dei proponenti così come oggettivato nel quesito, dal momento che il medesimo non è suscettibile di essere conseguito per via di semplice

²¹ Così riconosce L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, 492.

²² Cfr. ancora A. MANGIA, *Referendum*, cit., 294-296.

²³ Così P. CARNEVALE, *Nuove incertezze e problemi inediti per il referendum abrogativo*, cit., 40-41.

²⁴ Su cui A. MANGIA, *Referendum*, cit., 281; G. RAZZANO, *La «ragionevolezza» nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in F. Modugno-G. Zagrebelsky, *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, cit., 227; A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi*, cit., 179.

²⁵ In precedenza, già le sentenze [n. 30/1997](#), [n. 29/1987](#), [n. 47/1991](#), [n. 29/1993](#).

abrogazione parziale della normativa esistente, ma richiederebbe una complessa operazione legislativa di trasformazione di tale assetto».

Più ancora la [sent. n. 50/2000](#) (in tema di termini della custodia cautelare), nel negare l'ammissibilità, non solo ha affermato che l'intendimento riformatore avrebbe richiesto una riforma complessiva del sistema di giustizia penale, non attuabile in via referendaria, ma ha altresì osservato che il quesito non è «meramente abrogativo» ma è «introduttivo, teso a porre, per via referendaria, norme che attualmente non esistono», in contrasto con la configurazione del referendum di cui all'art. 75 Cost. In particolare, secondo la [sent. n. 36 del 1997](#), il referendum non può «introdurre una nuova statuizione, non ricavabile *ex se* dall'ordinamento»²⁶. Tale orientamento risulta confermato dalla [sent. n. 10/2020](#), che ha posto l'attenzione sul fatto che il referendum - specie quello di abrogazione parziale - non può divenire approvativo di nuovi principi e «surrettiziamente propositivo»²⁷. Per la giurisprudenza costituzionale risulta quindi significativa la relazione fra l'innovazione prodotta per via ablatoria ed il tessuto normativo preesistente, nel senso che la nuova disciplina deve «collocarsi in qualche modo nel solco di scelte legislative già compiute dal legislatore»²⁸.

Come ammettere, allora, un referendum che si propone la legalizzazione dell'eutanasia tramite l'abrogazione dell'art. 579 c.p., *se la ratio di quest'ultimo non è da rinvenire nella proibizione dell'eutanasia* - così che dalla sua abrogazione possa ottenersi la legalizzazione di quest'ultima - quanto piuttosto nella scelta di punire meno severamente l'omicidio del consenziente rispetto all'omicidio? Non va infatti dimenticato che il Codice Rocco introdusse l'omicidio del consenziente, assente nel Codice Zanardelli²⁹, non già per proibire l'eutanasia (culturalmente inaccettabile, all'epoca, ma nel frattempo praticata durante il regime nazista³⁰), quanto piuttosto per punire tali fattispecie meno severamente dell'omicidio, sul presupposto che il consenso della vittima diminuisse il disvalore penale della condotta³¹.

4. Le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato e la ratio degli artt. 579 e 580 c.p.

Al riguardo viene naturalmente in rilievo la vicenda Cappato-Antoniani e la relativa questione di costituzionalità, decisa dalla [sent. n. 242/2019](#), nella quale, invero, la parola “eutanasia” non compare

²⁶ Sulla questione G. BERTI, *Abuso del referendum e tutela della funzione parlamentare*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Atti del seminario svoltosi a Palazzo della Consulta, Roma, 5-6- luglio 1996, Milano, 1998.

²⁷ Cfr. [sentenze n. 13/2012](#), [n. 28/2011](#), [n. 43/2003](#), [n. 23](#), [n. 33](#), [n. 34](#), [n. 38 del 2000](#).

²⁸ P. CARNEVALE, *Sul voto il popolo non vota. Brevi considerazioni sulla sentenza n. 10 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 1/2020, 5.

²⁹ Codice penale per il Regno d'Italia, 1889. L'art. 370 prevedeva però il reato di aiuto al suicidio: «Chiunque determina altri al suicidio o gli presta aiuto è punito, ove il suicidio sia avvenuto, con la reclusione da tre a nove anni».

³⁰ Nel 1922 fu firmato in Germania il programma Aktion T4, “La liberalizzazione della soppressione della vita senza valore, la sua estensione e la sua forma” ad opera di Karl Binding e Alfred Hoche (K. BINDING-A. HOCHÉ, *Die Freigabe des Vernichtung lebensunwerten Lebens, ihr Mass und ihr Forme*, Leipzig, 1920). Hoche, in riferimento al piano di eutanasia per disabili, malati mentali, affetti da malattie genetiche e inguaribili, aveva scritto: «Ci sono vite umane che hanno perduto la qualità di bene legittimo, inutili a sé e alla società. Per cui nessuna ragione d'ordine giuridico, sociale, morale o religioso si oppone alla loro soppressione. Cfr. di recente E. De Cristofaro-C. Saletti (a cura di), *Precursori dello sterminio. Binding e Hoche all'origine dell'“eutanasia” dei malati di mente in Germania*, ed. Ombre Corte, Verona, 2012.

³¹ Nella relativa relazione del Guardasigilli Rocco al Re, il 19 ottobre 1930, al § 190, il Ministro difese la nuova ipotesi delittuosa sostenendo la minore gravità sociale del fatto e «la minore pericolosità sociale, che almeno di regola, rivelano simili delinquenti in confronto dei comuni omicidi». Come osserva V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. aggiornata da P. Nuvolone e D. Pisapia, Milano, 1981, vol. VIII, 86, «l'incriminazione in esame è nuova, perché il codice penale del 1889 non prendeva in considerazione il consenso del soggetto passivo, né per costituire un delitto d'omicidio a sé stante, né come circostanza dell'omicidio comune; era quindi applicabile il titolo di omicidio volontario, con l'eventuale concorso delle circostanze attenuanti generiche»; di conseguenza, «la disposizione del codice vigente è più favorevole al reo».

mai, vertendo la questione sul reato di “aiuto al suicidio”³². È difficile ignorare, infatti, il problema della relazione fra l’esito referendario eventualmente derivante dall’abrogazione parziale dell’art. 579 c.p., e l’art. 580 c.p., così come riscritto dalla [sent. n. 242/2019](#) della Corte costituzionale³³. E ciò non solo perché l’omicidio del consenziente e l’aiuto al suicidio attengono al tema del “fine vita” (intenzionalmente procurato, in entrambi i casi); non solo perché chi ha provocato la questione di costituzionalità dell’art. 580 c.p., autodenunciandosi e determinando il relativo procedimento penale, è leader della principale associazione che promuove il referendum; non solo perché la «valenza politica»³⁴ del presente referendum - il suo «quesito implicito»³⁵ o «allusivo»³⁶ - è in evidente continuità con la precedente vicenda Cappato, laddove l’obiettivo è erodere il principio di indisponibilità del diritto alla vita³⁷, ma soprattutto perché non è sfuggita a nessuno l’irragionevolezza che deriverebbe dalla c.d. normativa di risulta. In caso di vittoria referendaria, infatti, l’aiuto al suicidio continuerebbe ad essere presidiato da una norma penale, salvo le esclusioni indicate dalla [sent. n. 242/2019](#), mentre il più grave reato dell’omicidio del consenziente verrebbe liberalizzato³⁸.

A ben vedere, però, la Corte costituzionale ha costantemente escluso che il giudizio sull’ammissibilità del referendum possa confondersi con il giudizio di costituzionalità delle leggi e, più precisamente, con il controllo di costituzionalità della normativa di risulta³⁹. Ha infatti affermato che il giudizio di ammissibilità «non può estendersi alla valutazione della legittimità costituzionale della normativa conformata dall’eventuale accoglimento del quesito, verifica che non può che competere ai giudici a ciò appositamente deputati»⁴⁰. Si tratta di un orientamento giurisprudenziale consolidato, che risale ad una pronuncia persino anteriore alla [sent. n. 16/1978](#), la [n. 251/1975](#), per la quale il giudizio sull’ammissibilità referendaria «si atteggia con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge».

Il limite che viene in rilievo, piuttosto, è quello delle *leggi a contenuto costituzionalmente vincolato*. Come la Corte costituzionale affermò nella [sent. n. 16/1978](#), «esistono valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi referendum, al di là della lettera dell’art. 75 secondo comma Cost.»⁴¹. E vanno, tra gli altri, «preclusi i referendum aventi per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa». Un orientamento ribadito e ulteriormente sviluppato lungo gli anni, a volte puntualizzando la differenza

³² Il parere del CNB, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019, § 2 ha tentato di rimarcare la differenza fra l’una e l’altra. In realtà la distinzione che più rileva, sotto il profilo bioetico, come emerge dalla già citata [Declaration on euthanasia](#) della WMA, è quella fra tali pratiche e la rinuncia/rifiuto di cure gravose per il paziente e la sua famiglia, perché in questo secondo caso, a differenza del primo, manca l’intenzione di uccidere e di essere uccisi e si accetta la morte come un evento naturale e/o come una conseguenza della malattia.

³³ A. RUGGERI, *La disciplina del suicidio assistito è “legge” (o, meglio, “sentenza-legge”), frutto di libera invenzione della Consulta (a margine di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 3/2019, 633.

³⁴ Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 485.

³⁵ G.M. SALERNO, *Il referendum*, cit., 91.

³⁶ P. CARNEVALE, *I rischi dell’utopia della c.d. democrazia diretta*, in *Nomos*, 1/2020, 6.

³⁷ Così A. PUGIOTTO, *intervista su Il referendum sull’eutanasia legale*, in *Giustizia Insieme*, § 1, dove l’A. attribuisce tale principio al Codice Rocco.

³⁸ Cfr. *intervista* a G.M. FLICK, *Eutanasia: un referendum ambiguo*, in *Avvenire*, 21 agosto 2021; A. D’ALOIA, *Il referendum sull’eutanasia apre a un risultato ambiguo e irrazionale*, in *Avvenire*, 26 agosto 2021; cfr. inoltre le interviste a V. ONIDA e a I. NICOTRA, nell’ambito del Forum sul referendum sull’eutanasia legale di *Giustizia Insieme*.

³⁹ Cfr. le [sentt. 16/1978](#); [24/1981](#); [26/1987](#); [63/1990](#); [25/2004](#); [45](#), [46](#), [47](#), [48/2005](#); [15](#) e [16/2008](#); [27/2017](#). Sul punto A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi*, cit., 241.

⁴⁰ Così [sent. n. 17/2016](#), punto 7.1.

⁴¹ La Corte costituzionale ha ribadito il punto con la [sent. n. 10/2020](#). Come ricorda P. CARNEVALE, *I rischi dell’utopia della c.d. democrazia diretta*, cit., 5, la [sent. n. 16/1978](#) - con tutto ciò che rappresentò per il referendum - fu pronunciata nell’anno del rapimento e dell’uccisione di Aldo Moro da parte dei terroristi delle Brigate rosse, che rappresentò un delicatissimo momento per le istituzioni repubblicane, dato il contesto emergenziale.

fra tale limite e la più ampia categoria delle leggi costituzionalmente *obbligatorie*⁴², altre volte sfumando le differenze⁴³. Al fondo vi è l'esigenza di evitare che il referendum abroghi surrettiziamente la Costituzione, «in frode» alla stessa⁴⁴.

In riferimento al diritto alla vita, comunque, dinanzi ad un quesito che chiedeva di demolire ulteriori limiti all'interruzione volontaria della gravidanza, l'inammissibilità fu dichiarata dalla Corte costituzionale proprio in ragione del limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, all'interno delle quali va ricompresa «la categoria delle leggi ordinarie la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione»⁴⁵. Successivamente, con la [sent. n. 45/2005](#), che dichiarò inammissibile l'abrogazione dell'intera legge n. 40/2004 in tema di procreazione medicalmente assistita, la Corte definì la legge «costituzionalmente necessaria», in quanto coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, «i quali postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa».

Se dunque c'è un aspetto per il quale il referendum in questione va posto in relazione con le recenti pronunce relative al caso Cappato/DJ Fabo, questo attiene ad alcune significative affermazioni della Corte costituzionale. In particolare, nell'[ordinanza n. 207/2018](#), il giudice delle leggi ha chiarito che «l'art. 580 c.p. - anche nella parte in cui sottopone a pena la cooperazione materiale al suicidio - è «funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento»⁴⁶. Concetto ribadito nella successiva [sent. n. 242/2019](#), dove la Corte ha dichiarato che «la *ratio* dell'art. 580 cod. pen. può essere agevolmente scorta, alla luce del vigente quadro costituzionale, nella tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio»⁴⁷. Per cui lo scopo dell'incriminazione, di perdurante attualità, è la tutela del diritto alla vita soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili e di quelle 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».

Se dunque la *ratio* del reato di aiuto al suicidio è, come ha affermato la Corte, di perdurante attualità costituzionale, in quanto garanzia del diritto alla vita di chi è vulnerabile, a maggior ragione dovrebbe esserlo la *ratio* del reato di omicidio del consenziente, più grave del primo. Il quale è quindi da intendere quale «tutela minima» indispensabile a garantire il nucleo essenziale di tale diritto costituzionale e, quindi, «disposizione legislativa ordinaria a contenuto costituzionalmente vincolato».

5. La categoria dei soggetti deboli e vulnerabili.

Al riguardo si è tuttavia obiettato che l'abrogazione referendaria dell'art. 579 c.p., poiché è soltanto parziale, garantirebbe le persone vulnerabili, in quanto resterebbero ancora puniti gli omicidi perpetrati contro minori, gli infermi di mente e le persone in condizione di deficienza psichica o il cui

⁴² Così la stessa [sent. n. 16/1978](#), nella quale la Corte definì «obbligatorie» «tutte le leggi ordinarie comunque costitutive od attuative di istituti, di organi, di principi, stabiliti o previsti dalla Costituzione». E questo, come rileva G.M. SALERNO, *Il referendum*, cit., 169, sulla scorta della dottrina, che aveva appunto individuato questa categoria, sia pure secondo diverse sfumature (cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984, 102; A. CHIAPPETTI, *L'ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, 1974, 244). La Corte, comunque, nella [sent. n. 16/1978](#), punto 9, restrinse alla sola categoria delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato l'inammissibilità referendaria.

⁴³ [Corte cost. n. 26 e n. 27 del 1987](#); [n. 17, 18, 19, 20, 24 del 1997](#); [n. 42 e 49 del 2000](#); [n. 25/2004](#). Sull'evoluzione giurisprudenziale cfr., fra gli altri, A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale*, Milano, 1994, 222; A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi*, cit., 153.

⁴⁴ S. BARTOLE, *Conferme e novità nella giurisprudenza costituzionale in materia di referendum*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 174.

⁴⁵ [Sent. 35/1997](#).

⁴⁶ Punto 6.

⁴⁷ Punto 2.2.

consenso sia stato estorto o carpito⁴⁸. Il punto è che la debolezza e la vulnerabilità non si riscontrano solamente in tali situazioni. Come afferma la Corte nella [sent. n. 242/2019](#), occorre infatti includere fra i vulnerabili le persone «che attraversano difficoltà e sofferenze», quelle per le quali è costituzionalmente necessaria la garanzia costituita dall'art. 580 c.p.

Rileva, poi, quanto osservato da parte di alcune società mediche e professionali all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 219/2017, con riguardo all'acquisizione di un valido consenso, che nella realtà è un processo complesso, che deve tenere conto di una serie di fattori⁴⁹. Gli stessi pazienti, infatti, sebbene capaci, sono molte volte combattuti, a motivo di una volontà altalenante e di sentimenti mutevoli, spesso dipendenti dallo stato fisico, dall'effetto delle stesse terapie, dall'atteggiamento dei familiari o comunque delle persone più vicine e dal modo di porsi di tutti i professionisti della sanità. È difficile, insomma, distinguere fra ciò che è effetto di terapie e patologie, della stessa età avanzata, del contesto sociale e ciò che è frutto di una volontà lucida, consapevole e informata⁵⁰.

Se si tiene conto di queste osservazioni, risulta allora assai rischioso, rispetto alla garanzia del diritto alla vita, restringere la categoria di coloro che sono deboli e vulnerabili solo ai casi di soggetti passivi minorenni, infermi di mente, in condizione di deficienza psichica per un'altra infermità o per l'uso di sostanze alcoliche o stupefacenti, persone il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia, suggestione o carpito con inganno. In definitiva, pur senza essere minori, malati o “ingannati”, è ben possibile essere soggetti deboli e vulnerabili.

6. *L'abrogazione dell'omicidio del consenziente renderebbe unico il caso italiano.*

Va aggiunto che l'eventuale esito positivo del referendum porrebbe l'Italia in una situazione del tutto isolata nel panorama comparato, perché nessuno dei Paesi che ha legalizzato l'eutanasia ha abrogato nel proprio ordinamento il reato di omicidio del consenziente. I Paesi Bassi⁵¹, il Belgio⁵², il Lussemburgo⁵³, la Svizzera⁵⁴ e da ultimo la Spagna⁵⁵ mantengono infatti, nei propri codici penali, le fattispecie che corrispondono all'omicidio del consenziente, pur creando delle “deroghe di eutanasia”.

Più in particolare, in riferimento all'ambito della Convenzione europea per i diritti umani, l'abrogazione del reato di omicidio del consenziente significherebbe lasciare l'ordinamento giuridico italiano scoperto e privo di qualsiasi garanzia rispetto ai rischi di abuso che, secondo la Corte di Strasburgo, inevitabilmente accompagnano le legislazioni permissive di eutanasia e suicidio assistito

⁴⁸ Così A. PUGIOTTO, *Intervista cit.*, domanda n. 3.

⁴⁹ Cfr. F. CEMBRANI, F. ASIOLI, A. BIANCHETTI, L. FERRANNINI, E. MOSSELLO, F. SCAPATI, M. TRABUCCHI, *La pianificazione condivisa della cura e l'autodeterminazione della persona anziana affetta da patologie psicogeriatriche*, Raccomandazioni e Statement dell'Associazione Italiana di Psicogeriatria, approvata il 7 luglio 2018; si veda inoltre AA.VV., *Conoscere la Legge 219/2017*, Documento e glossario pensati per: cittadino, persona-paziente, familiare e operatori sanitari, a cura dell'Ordine degli Psicologi del Lazio, Gruppo di lavoro “Cure palliative e terapia del dolore”, aprile 2019 nonché Federazione Nazionale degli Ordini delle Professioni Infermieristiche (FNOPI), *La disciplina infermieristica all'interno della legge n. 219/2017*, 18 luglio 2019.

⁵⁰ G. BERSANI, *Malattia, desiderio di morte e depressione: la necessità di valutazione clinica e di riflessione etica sul confine tra diritto di scelta e diritto alla cura*, in *Medicina e morale*, n. 6/2011.

⁵¹ La «Legge sul controllo di interruzione della vita su richiesta e assistenza al suicidio», entrata in vigore il 1° aprile 2002, fermo restando il reato di omicidio del consenziente nonché quello di aiuto al suicidio, ha emendato il codice penale (cfr. artt. 293-294), escludendo la punibilità qualora i fatti siano commessi da un medico che soddisfi i criteri di diligenza di cui all'art. 2 della legge del 2002.

⁵² In Belgio il codice penale neppure è stato modificato, come si evince dalla *Loi relative à l'euthanasie* del 28 maggio del 2002, le *Moniteur belge* 22 giugno 2002.

⁵³ La *Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide*, art. 14, modifica il codice penale solo nel punto in cui prevede di escludere la punibilità del medico che agisce secondo le condizioni della medesima legge.

⁵⁴ La Svizzera non prevede neppure un diritto all'eutanasia, ma, basandosi su di una interpretazione dell'art. 115 del Codice penale, tollera l'assistenza al suicidio quando realizzata in maniera altruista.

⁵⁵ Cfr. la *Ley Orgánica de regulación de la eutanasia* approvata il 18 marzo 2021, che opera sul codice penale creando una deroga, che è appunto costituita dalle previsioni della legge stessa (cfr. la prima disposizione finale).

e che dunque richiedono adeguati correttivi⁵⁶. Perfino la recente legge spagnola sull'eutanasia, nelle sue premesse, afferma che non è sufficiente depenalizzare le condotte che aiutano un'altra persona a morire per espresso desiderio di quest'ultima, perché una tale previsione normativa lascerebbe le persone prive di protezione rispetto al diritto alla vita, garantito dall'ordinamento costituzionale⁵⁷.

Sembra anche di poter osservare, infine, che la buona intenzione di riempire con una legge il vuoto lasciato dal referendum non vale a superare l'inammissibilità di quest'ultimo, in quanto fuorviante rispetto alla libertà di voto, inidoneo allo scopo, nonché abrogativo di una legge a contenuto costituzionalmente vincolato. Ancor meno vale auspicare riempimenti e creazioni da parte degli interpreti, trattandosi, nella fattispecie, di materia penale⁵⁸ e, nella sostanza, di atti e di fatti che implicano porre fine a vite umane, con esiti definitivi e irreparabili. Soprattutto, la Corte costituzionale ha avuto occasione di affermare, nella [sentenza n. 17 del 1997](#), che mentre «sono irrilevanti i propositi e gli intenti dei promotori circa la futura disciplina legislativa che potrebbe o dovrebbe eventualmente sostituire quella abrogata (...) ciò che conta è la domanda abrogativa, che va valutata nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti per esaminare, tra l'altro, se essa abbia per avventura un contenuto non consentito perché in contrasto con la Costituzione, presentandosi come equivalente ad una domanda di abrogazione di norme o principi costituzionali».

7. Sulle conseguenze di un'abrogazione dell'omicidio del consenziente.

Le considerazioni che precedono, se da un lato inducono a considerare tale referendum come *provocatorio*, in quanto essenzialmente volto ad innescare nell'ordinamento le condizioni giuridiche e culturali che rendano auspicabile e preferibile una legge introduttiva di suicidio assistito ed eutanasia, dall'altro lato meritano di essere integrate da ulteriori riflessioni. La richiesta di liberalizzazione dell'omicidio del consenziente si configura, infatti, non solo come estrema e strumentale, volta ad ottenere, almeno, norme ulteriormente liberalizzanti, ma anche come il naturale e logico approdo di alcune teorie riguardanti il rapporto fra individuo e Stato.

Il riferimento è a quelle dottrine imperniate su di una concezione di autonomia individuale tendenzialmente incondizionata, salvo l'altrui danno⁵⁹, e a quelle incentrate sul principio di assoluta neutralità statale⁶⁰. Tali teorie, come preconizzato già diversi anni or sono⁶¹, ove riferite alla "libertà

⁵⁶ Cfr. *Pretty c. Regno Unito*, § 63-64; caso *Haas c. Svizzera*, § 55-57; caso *Koch c. Germania*, § 70, in cui la Corte EDU ribadisce che sul tema del fine vita esiste un ampio margine di apprezzamento fra gli Stati membri e che solo una minoranza di Stati permette il suicidio assistito, predisponendo garanzie contro gli abusi.

⁵⁷ Cfr. la *Proposición de ley de regulación de la eutanasia* presentata da per el Grupo Parlamentario Socialista al Congreso de los Diputados del 31 gennaio 2020, p. 2: «No basta simplemente con despenalizar las conductas que impliquen alguna forma de ayuda a la muerte de otra persona, aun cuando se produzca por expreso deseo de esta. Tal modificación legal dejaría a las personas desprotegidas respecto de su derecho a la vida que nuestro marco constitucional exige proteger».

⁵⁸ Lo sottolinea P. VERONESI, Intervista su *Il referendum sull'eutanasia legale*, in *Giustizia Insieme*, domande n. 2 e 4, il quale sottolinea i fondamentali principi di legalità, tassatività e determinatezza rispetto alla fattispecie penale in discorso. Cfr. sul punto P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 62-63, per il quale in materia penale la garanzia è rappresentata non tanto dal principio di giurisdizionalità, quanto dal principio di legalità e dalla subordinazione del giudice alla legge: «I principi di certezza del diritto e di uguaglianza non sono salvaguardati dalla semplice esistenza di un giudice; anzi, anche il giudice può aprire la porta all'arbitrio (...) Il margine di discrezionalità libera deve essere tale da assicurare il raggiungimento degli scopi della legge penale, senza lasciare il cittadino in balia del giudice sovrano».

⁵⁹ La formulazione classica si ritrova in J.S. MILL, *On Liberty*, (London, 1859), a cura di E. Rappaport, 1978, 9. Cfr. inoltre J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1988, 372; D.A.J., RICHARDS, *Sex, Drugs, Death and Law*, 1982.

⁶⁰ Sulla neutralità dello Stato funzionale all'autonomia dei singoli, J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, 1989, 11; H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, 1963, 30; B. ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, 1980, 386; L. LOMASKY, *Person, Rights and the Moral Community*, Oxford, 1987, 231; R. DWORKIN, *Foundations of Liberal Equality*, in *The Tanner Lectures on Human Values*, a cura di G.B. PETERSEN, 1990; D.A.J. RICHARDS, *Toleration and the Constitution*, Oxford, 1989, 252; R. Posner, *Aging and Old Age*, Chicago, 1995; R. EPSTEIN, *Mortal Peril: Our Inalienable Right to Health Care?*, Addison-Wesley Publishing Company, 1999.

⁶¹ N.M. GORSUCH, *The Future of Assisted Suicide and Euthanasia*, Princeton, 2006, 98.

di morire” (o, *rectius*, alla pretesa di ottenere dalle strutture sanitarie statali l’assistenza per realizzare tale proposito), non tollerano che si interponga alcuna condizione da parte dello Stato a fronte di una tale decisione dell’individuo⁶². Più precisamente si ritiene intollerabile e paternalistico⁶³ che le strutture pubbliche assicurino l’aiuto a morire solo subordinatamente ad una valutazione esterna al soggetto⁶⁴. In questa prospettiva anche gli stessi “paletti” posti dalla [sent. n. 242/2019](#) suonano come un’inaccettabile invasione della *privacy*⁶⁵. Ed è dunque solo la liberalizzazione dell’omicidio del consenziente a poter soddisfare tali aspettative di libertà⁶⁶.

Ora, a prescindere dalla compatibilità di tali pretese con la forma di Stato disegnata dalla Costituzione repubblicana, che meriterebbe ancora altra attenzione, basti osservare che il bene della vita, una volta divenuto *disponibile*, non manca di incidere, con “effetto domino”, su molti altri beni. Al riguardo si è osservato che, a questo punto, sarebbe poi difficile impedire la vendita del proprio corpo o di alcune sue parti, la spettacolarizzazione dei suicidi e l’uso di droghe⁶⁷ ovvero lo sfruttamento della prostituzione, ove tutti consenzienti⁶⁸.

Si vuole ora portare l’attenzione verso un’ulteriore considerazione, apparentemente poco pertinente. Il riferimento è al tema, antico ma sempre attuale, della rieducazione del condannato, che è principio di carattere costituzionale⁶⁹. Tale categoria, come posto in luce da Giuliano Vassalli, richiede, fra l’altro, che lo Stato si faccia «trasmettitore di certi valori antagonisti alle manifestazioni delittuose, specie a quelle più gravi»⁷⁰. Occorre, in particolare, ricomporre «nei convincimenti del detenuto i valori infranti con il delitto»⁷¹, conducendolo verso «la consapevolezza dell’importanza del bene sacrificato o posto in pericolo dal delitto (...), ricostituendo così, nella psiche del condannato, una scala di valori diversa da quella su cui egli si era orientato»⁷². Quel che interessa ai nostri fini è che, in quest’opera rieducativa, definita «ardua, impegnativa eppure dovuta», il grande giurista portava ad esempio l’«essenzialità» e la «naturalità» del rispetto dovuto alla vita umana⁷³.

⁶² Sul punto cfr. l’interessante saggio di R.E. OMODEI, *L’istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell’art. 580 c.p.*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 10, 2017.

⁶³ Cfr. ad es. Ger. DWORKIN, *Paternalism*, ora in R. Baird e S. Rosebaum (ed.), *Morality and Law*, 1988, 124.

⁶⁴ Da ultimo cfr. T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l’ammissibilità del referendum sull’art. 579 c.p.*, in [amicuscuriae.it](#), Seminari preventivi ferraresi, anticipazione della relazione al webinar del 26 novembre 2021, 6, il quale stigmatizza la scelta della Corte costituzionale ([sent. n. 242/2019](#)) di considerare ancora conforme a Costituzione l’«angusta prospettiva» rappresentata dalla tutela del diritto alla vita delle persone vulnerabili in un perdurante contesto di «paternalismo penale».

⁶⁵ Su cui, da ultimo A. RUGGERI, *Autodeterminazione (principio di)*, in *Digesto/Disc. Pubbl.*, VIII Agg. (2021), 1.

⁶⁶ Così G. GEMMA, *Dignità ed eutanasia: non c’è antitesi. Note a margine di un’opera recente di una costituzionalista cattolica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2016, 264.

⁶⁷ A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 2016, 154.

⁶⁸ Di fatto la Corte di Appello di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale contro la c.d. legge Merlin invocando i principi di autonomia individuale e neutralità statale (atto di promovimento 6 febbraio 2018, ord. n. 71, in *G.U. Ia Serie Speciale - Corte Cost. n. 19 del 9-5-2018*), fra l’altro affermando che, se nel caso Englaro «la salvaguardia del principio di libera autodeterminazione è stata spinta sino a legittimare la scelta terapeutica di porre fine alla protrazione della vita vegetativa», a maggior ragione dovrebbe essere consentita la libertà di prostituirsi, da intendere quale «libertà di autodeterminazione sessuale della persona umana», espressione degli artt. 2 e 13 Cost. Un’interpretazione, com’è noto, respinta dalla Corte costituzionale, che con la [sent. n. 141/2019](#) ha dichiarato infondata la questione.

⁶⁹ Senza alcuna pretesa di completezza ci si limita a citare C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764; F. CARNELUTTI, *Meditazioni sulla essenza della pena*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955; G. BETTIOL, *Sulla rieducazione del condannato*, in *Scritti*, vol. II, 902; P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nell’esecuzione della pena*, in *Iustitia*, 1936, 143; ID., *Il problema della rieducazione del condannato*, in *Atti del II Convegno di Bressanone*, 347; B. PETROCELLI, *La funzione della pena*, in *Saggi*, Padova, 1952, 81; S. RANIERI, *Il II capoverso dell’art. 27 della Costituzione e il problema della rieducazione del condannato*, in *Studi De Francesco*, vol. I, Milano, 1957, 561; G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 297; F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducative*, in *Atti del Convegno di diritto penale di Bressanone*, Padova, 1964, 191.

⁷⁰ G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, in *Rass. penitenziaria e criminologica*, vol. 4, 1982, n. 3, 437.

⁷¹ Ivi, 475.

⁷² Ivi, 476.

⁷³ Ivi, 476.

Un tema tanto più attuale, quanto più si moltiplicano, purtroppo, gli omicidi, i “femminicidi” e i delitti contro i minori.

A fronte, dunque, della prospettiva di liberalizzazione dell’omicidio del consenziente occorre chiedersi: sarebbe ancora possibile ricostituire nella scala di valori il rispetto della vita, nei convincimenti dei criminali che l’hanno offesa, in un ordinamento giuridico che legalizzi la morte su insindacabile richiesta del soggetto? Quanto credibile sarebbe uno Stato che pretenda di *rieducare*, addirittura, al *valore della vita* ove tale valore costituzionale fosse *rimesso alle opinioni di ciascun individuo*?

Tali interrogativi meritano una riflessione attenta e consapevole, dal momento che, sotto la patina della libertà e del diritto alla *privacy*, eutanasia e suicidio assistito rivelano una matrice selettiva, come mostra non solo la loro storia - prima rievocata in riferimento al programma *Aktion T4*⁷⁴ - ma anche la loro filosofia. Garantire infatti il diritto alla vita nei confronti di tutti, salvo che nei confronti di coloro che versano in determinate condizioni di salute, significa evidentemente creare una seconda classe di persone, per le quali le garanzie si allentano, restando impunito chi collabora o determina la loro morte. Si determina così, nel sentire collettivo (oltre che fra gli stessi soggetti malati, fragili e vulnerabili), la percezione di una dignità “minore”, anche per una inferiore qualità della vita⁷⁵.

Tale riflessione diventa imprescindibile nell’attuale contesto storico, in presenza di «comunità rese fragili da una pandemia»⁷⁶ e di un PNRR che fa dell’inclusione e della coesione una “missione” per la quale intende investire diciannove miliardi di euro. Occorre fare altresì tesoro di quella rinnovata sensibilità nei confronti dei soggetti fragili e anziani, maturata durante i frangenti più critici e le decisioni più gravi, quando i ventilatori non bastavano per tutti. Un coro di voci, infatti, prese le distanze dalla prospettiva di una possibile «gerarchia tra vite degne e non degne e una violazione dei diritti umani fondamentali»⁷⁷; e, anche, da un’etica utilitarista incompatibile con la Costituzione⁷⁸, nonché da una visione economicistica, basata su di una migliore qualità della vita⁷⁹.

Dove collocare, allora, la liberalizzazione dell’omicidio del consenziente, come pure eventuali norme volte a proceduralizzare e rendere facilmente accessibili aiuto al suicidio ed eutanasia? Possono a buon titolo iscriversi nel paradigma dell’inclusione, della coesione, della presa in carico o non, piuttosto, in quello utilitarista ed economicista, frutto di un’etica incompatibile con la Costituzione, che crea una gerarchia fra vite degne e vite non degne?

⁷⁴ Cfr. *supra*, nota 30. Cfr. poi N.M. GORSUCH, *The future of Assisted Suicide and Euthanasia*, cit., 33, sul legame fra il darwinismo sociale degli inizi del ‘900, la scuola eugenetica e i movimenti per la legalizzazione del suicidio assistito negli Stati Uniti - a cominciare dalla *Euthanasia Society of America* - i quali propugnarono la legalizzazione dell’eutanasia per i pazienti allo stadio finale della propria vita, per i bambini disabili, per i ritardati mentali.

⁷⁵ Cfr. su questo punto F. BERTOLINI, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 323.

⁷⁶ L’espressione è utilizzata dal CNB, nel parere *Covid 19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, 18 aprile 2020.

⁷⁷ L. D’AVACK, *Covid-19: criteri etici*, in *Rivista di BioDiritto*, 23 marzo 2020, 3-4.

⁷⁸ C. Di COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L’accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in *Rivista di BioDiritto*, 2/2020, 15 marzo 2020, 7.

⁷⁹ L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l’etica quando le risorse sono limitate: chi curare?* in *Rivista di BioDiritto*, 22 marzo 2020.

Irene Goia
Una giustificabile “invasione” di campo*

ABSTRACT: *Retracing the work of the Constituent Assembly and the legislator of 1953, it is possible to reconstruct the original Italian idea of Constitutional Court: a «negative legislator» who should have pronounced mere acceptance or mere rejection sentences; a «negative legislator» whose competence should have been limited to the control of pure legitimacy, without ever trespassing on political questions or in opportunity assessments. The difficult definition of what politics is and how wide the legislative discretion is has left to the judge of laws the task of self-limiting its action. Even more, the context in which it lives has led the Court to reshape its character. In this sense, the relationship between the Court and the Parliament plays a fundamental role, especially regarding the criminal field. In fact, as for this matter characterized by a high rate of politicity, the constitutional judge has explored different ways of judgment and decision. There is no doubt that the Constitutional Court has now gone beyond the original limits of its own review, by invading the role of the legislator. But, when cooperation failed and constitutional justice is strongly required, judicial activism is, perhaps, justifiable: it appears appropriate and necessary that the «natural task» of the guarantor of the Constitution adapts to situations of political emergency, through a new model of balance between the “value” of legislative discretion and the “value” of implementation of constitutional principles.*

SOMMARIO: 1. Il problema del *judicial activism* (particolarmente in materia penale). – 2. Quello che la giurisprudenza costituzionale avrebbe dovuto essere. – 2.1. L’articolo 136 della Costituzione. – 2.2. L’articolo 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87. – 2.3. La debolezza della netta delimitazione tra legittimità e merito. – 3. La Corte costituzionale nel contesto. – 3.1. L’*horror vacui* e le sentenze autoapplicative. – 4. La materia penale. – 4.1. L’articolo 25 comma 2 della Costituzione. – 4.2. Gli effetti *in bonam* e *in malam partem*. – 4.3. Dalle «rime obbligate»... – 4.4. ... alle «rime possibili». – 5. Un’inammissibile e indebita *invasione* di campo? – 5.1. La giustificazione formale. – 5.2. La giustificazione sostanziale: il bilanciamento. – 5.3. L’incostituzionalità c.d. prospettata. – 5.4. La «leale collaborazione». – 6. Una tutela di *emergenza*.

1. *Il problema del judicial activism (particolarmente in materia penale).*

1. «Da tempo e in numerose circostanze la giurisprudenza costituzionale ha affermato la centralità del principio costituzionale di leale cooperazione, non solo con le altre giurisdizioni, nazionali ed europee, non solo nei rapporti tra Stato e Regioni, ma anche, e soprattutto, nei rapporti tra gli organi costituzionali, come condizione fondamentale per un corretto funzionamento del sistema istituzionale e della forma di governo»¹.

Due sono i principali soggetti con i quali la Corte costituzionale cerca incessantemente di instaurare punti di contatto, al fine di garantire un continuo e ampio dispiegarsi dei valori previsti dalla Costituzione: i giudici comuni, obbligati, nell’applicazione della legge, a un preventivo tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme nonché a tenere in considerazione le sentenze della Consulta; e il Parlamento, nei confronti del quale vi è uno sforzo costante al fine di instaurare un proficuo dialogo, affinché le pronunce costituzionali non rimangano prive di seguito.

In questa sede ci si propone di mettere a fuoco la difficoltosa ricerca di cooperazione con il legislatore, in particolare in materia penale, oggetto (teoricamente) di «“geloso” monopolio parlamentare»².

L’ambito penale è, infatti, connotato da un «tasso di “politicità”»³ tale da rendere arduo il raggiungimento di un equilibrio tra le esigenze di giustizia costituzionale e l’intangibilità della

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ M. CARTABIA, [Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2019](#), 7.

² V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019, 456.

discrezionalità legislativa. Quest'ultima dovrebbe svolgersi nella sua massima espansione per riflettere, mediante le scelte di politica criminale, il valore che, in un determinato momento storico, la società democratica attribuisce ai beni giuridici da tutelare e alle condotte umane da sanzionare, così definendo i confini della libertà personale - latamente intesa - all'interno del perimetro dei principi dettati dalla Costituzione. Ed è interessante osservare come, proprio in un periodo storico qual è quello presente, ove il diritto penale tende a divenire sempre più elemento «identitari[o] e trainante» della politica, strumento di «manipolazione» delle «componenti emotive [per il] consenso elettorale» e di «“riconoscimento” (*Anerkennung*) dei nuovi attori politici»⁴, un soggetto apartitico entri nelle maglie delle scelte punitive.

È innegabile che la Corte costituzionale, superando l'iniziale atteggiamento di deferenza nei confronti della competenza normativa dell'organo rappresentativo, abbia scalfito - o, meglio, reinterpretato - quella riserva di legge in materia di reati e pene posta dalla Costituzione a salvaguardia della suddetta prerogativa parlamentare.

Il sempre maggiore interventismo del giudice delle leggi è da più parti inteso quale fattore che concorre ad accentuare l'attuale «grave crisi» della riserva di legge penale⁵, non più in grado di mantenere la «promessa di garantire un'autentica legittimazione democratica delle scelte di politica» sanzionatoria⁶. Se si considera, però, che il *judicial activism* è nella maggior parte, se non nella totalità, dei casi conseguenza dell'esito negativo di un approccio collaborativo con il legislatore, sembra, allora, che la Corte, più che concorrere ai «tradimenti della legalità»⁷ - concetto che di per sé non implica una riserva di legge⁸ - cerchi di fronteggiare le situazioni di *emergenza*⁹ mediante gli strumenti a propria disposizione; strumenti che l'hanno posta dinanzi a numerose critiche, per aver superato non più solo la dicotomia accoglimento-rigetto, ma la stessa teoria delle «rime obbligate», così *invadendo* - i più ritengono indebitamente e taluno sostiene addirittura irrimediabilmente - la sfera di discrezionalità che dovrebbe essere riservata al Parlamento.

³ A. PIZZORUSSO, *“Zone d’ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana*, in questa *Rivista*, *Studi* 2008 (6 settembre 2008).

⁴ V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 26 marzo 2019, 1.

⁵ M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, fasc. 4/2016, 3. Cfr., *ex pluribus*, C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1/2015, 181 ss.; 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 (a cura di), *Principio di legalità e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, Giuffrè, 2017, 11 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.; ID, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, II, 2007, 1247 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *L'indice penale*, fasc. 1/2017, 671 ss.; V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 517 ss.; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, Franco Angeli, 2015, 35 ss.; D. TEGA, *La Corte costituzionale nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 105-110; per una riflessione a più voci, con prospettive e proposte di rimedi differenti, AA.VV., *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315 ss.

⁶ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1275.

⁷ F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 3/2016, 5.

⁸ M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 30.

⁹ A. RUGGERI, *Appunti per uno studio delle più salienti vicende della giustizia costituzionale in Italia*, in *Nomos*, fasc. 1/2017, 15, reputa le forme di «sussidiarietà» assunte della Corte costituzionale «tollerabili unicamente in ragione dell'emergenza alle volte addotta a loro giustificazione».

Ma la discrezionalità legislativa - concetto, senza dubbio, evanescente e camaleontico¹⁰ - può rappresentare in modo oggettivo un limite invalicabile al potere decisorio della Corte costituzionale, anche laddove essa appaia l'unico organo in grado di intervenire prontamente? Non risulta, forse, eccessivamente rischioso per la tutela dei valori costituzionali che si riflettono direttamente sulla sfera di libertà dei cittadini - quali la coerenza dell'intero sistema sanzionatorio, la proporzionalità tra condotta e pena, la finalità rieducativa e non solo afflittiva e preventiva della pena, il diritto di autodeterminarsi - affermare che la Corte costituzionale si debba arrestare senza deroga dinanzi a scelte politiche, anche laddove l'inevitabile conseguenza sia la perdurante esistenza nell'ordinamento di una norma incostituzionale ovvero la creazione di un *vulnus* normativo, probabilmente esso stesso incostituzionale?

2. *Quello che la giurisprudenza costituzionale avrebbe dovuto essere.*

Per comprendere e, forse, giustificare il ruolo sempre più *invadente* svolto dalla Corte costituzionale in campo penale, è opportuno preliminarmente ripartire dalla concezione originaria di giustizia costituzionale italiana e, soprattutto, dai margini - se vi sono - di espansione del sindacato della Corte nel quadro della nostra forma di governo; ricordando che la "bizzarra"¹¹ idea di istituire nell'ordinamento della novella Repubblica un organo di garanzia costituzionale condusse alla creazione di un modello ibrido¹², non facente parte del potere giudiziario e collocato «in posizione di equidistanza dagli altri poteri»¹³.

2.1. *L'articolo 136 della Costituzione.*

Il punto di partenza per indagare quale fosse il ruolo originariamente e istituzionalmente attribuito al giudice delle leggi è rappresentato dal dibattito svoltosi in Assemblea costituente circa l'efficacia da conferire alle pronunce costituzionali. Stabilire gli effetti di quest'ultime significava assumere una determinazione in merito ai riflessi dell'azione della Corte nella sfera di competenza degli altri organi. Soprattutto nella sfera riservata al Parlamento, poiché «nell'ambito dei rapporti fra gli organi costituzionali e fra i "poteri" dello Stato, è la relazione fra Corte e [quello], come

¹⁰ A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale](#), in questa [Rivista](#), 2018/III, 573.

¹¹ «Si vogliono prendere garanzie, si vogliono mettere remore: di qui la pesantezza e la lentezza nella elaborazione legislativa, e tutto il resto; e di qui anche quella bizzarria della Corte costituzionale, organo che non si sa che cosa sia e grazie alla istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne i giudici» (Palmiro Togliatti, in AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. I, Roma, Camera dei deputati, Segretario generale, 1970, 330).

¹² E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, Il Mulino, 1999, 30; A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3/1982, 521. Il fatto che l'Assemblea costituente non si sia espressamente indirizzata, pur facendone riferimento, verso un determinato modello di giustizia costituzionale è sintomo di come la nostra Costituzione sia un «prodotto autogeno» (E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in ID, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978, 25).

¹³ A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, fasc. 3/1986, 815. Per un inquadramento della Corte costituzionale come organo al di fuori e al di sopra degli altri poteri dello Stato, G. AZZARITI, *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*, in AA. VV., *Studi sulla Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1958, 458 ss. Per una ricostruzione in chiave storico-politica, G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981; C. PIPERINO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, Giuffrè, 1991, 43 ss.

titolare del *potere legislativo*, la primaria e privilegiata a definire la posizione [della Consulta] nell'ordinamento»¹⁴.

L'adozione di una decisione sul tema fece emergere tra i Costituenti molte divergenze, difficoltà e incertezze¹⁵, che testimoniano la consapevolezza delle cruciali implicazioni che tale scelta avrebbe comportato.

Stabilendo che «quando la Corte dichiara la illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia»¹⁶, i Padri costituenti vollero istituire un organo di garanzia con la competenza di un «legislatore negativo».

Oggi discorrere in termini certi della Corte costituzionale come di un «legislatore negativo» sarebbe non solo anacronistico, ma irrealistico. Ed è per questo motivo che nella ricostruzione dell'originaria cornice di operatività della giurisprudenza della Consulta è opportuno, anzi necessario, utilizzare i tempi verbali del condizionale, «modo della penombra e delle luci smorzate»¹⁷, volto a indicare ipotesi la cui realizzazione è subordinata al verificarsi o, nel caso di specie, al permanere di condizioni idealizzate al tempo e nel contesto della nascita del nuovo organo di garanzia.

Il giudice costituzionale, dunque, avrebbe dovuto avere una funzione meramente negativo-eliminativa¹⁸ e non positiva di ricomposizione interpretativa o di integrazione normativa dell'ordinamento¹⁹, limitando la propria azione all'annullamento delle disposizioni incompatibili con la Costituzione.

¹⁴ [Corsivo del testo originale] F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, 19.

¹⁵ Per ridurre il più possibile le interferenze provocate dall'operato della Corte nella sfera di competenza propria del legislatore, fu inizialmente proposto di attribuire alle sentenze di incostituzionalità un'efficacia meramente dichiarativa, con conseguente impossibilità per il giudice costituzionale sia di annullare o abrogare la legge oggetto di giudizio sia di sospendere l'efficacia, poteri che sarebbero rimasti riservati all'organo legislativo (proposta contenuta negli articoli 32 e 33 del "progetto Calamandrei", in AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, Roma, Camera dei deputati, Segretario generale, 1971, 2026-2027). Una tale - eccessiva - deferenza nei confronti del Parlamento avrebbe, però, comportato il rischio di sentenze *inutiliter datae*, incorrendo nella «ingenuità politica» di affidare allo stesso soggetto legislativo l'onere di dar seguito alle decisioni del garante della Costituzione (H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in *Id*, *La giustizia costituzionale*, 1928, trad. it. C. Geraci (a cura di), Milano, Giuffrè, 1981, 171). Furono, infatti, successivamente avanzate diverse proposte. Alcune di esse furono ritenute offensive del principio di separazione dei poteri; altre furono considerate contraddittorie (AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, cit., 2063-2065). Per superare tali inconvenienti fu, infine, proposto di collegare alle sentenze di incostituzionalità la cessazione dell'efficacia delle leggi annullate dalla Corte, consentendo al Parlamento, cui la sentenza sarebbe dovuta essere comunicata, di intervenire nelle forme costituzionali, ove lo ritenesse necessario, senza alcun obbligo di abrogare la legge o di procedere alla revisione costituzionale (disciplina prevista nel terzo comma dell'articolo 128 del Progetto di Costituzione redatto dalla Commissione dei 75, in AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, Roma, Camera dei deputati, Segretario generale, 1970, 4262). Quantunque anche tale soluzione avesse fatto sorgere plurimi dubbi, sia perché si sarebbe trattato di un annullamento *ex nunc* (*ibidem*, 3787) - questione successivamente superata (oggi, forse, non più in modo certo), mediante l'emanazione del terzo comma dell'articolo 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87 - , sia perché l'organo con il compito di annullare una legge non avrebbe potuto parimenti emanarne una sostitutiva (*ibidem*, 4263-4264) - teorizzazione presto disattesa nella prassi della Corte -, l'Assemblea plenaria, adottò il testo corrispondente all'attuale articolo 136 della Costituzione (*ibidem*, 4589).

¹⁶ Articolo 136 comma 1 della Costituzione.

¹⁷ L. SERIANNI, *Grammatica italiana*, Torino, UTET, 1988, 401.

¹⁸ Con l'istituzione di un «organo, ignoto al regime costituzionale precedente», l'Assemblea costituente volle prevedere «una funzione legislativa attiva affidata al parlamento, una funzione legislativa consultiva affidata al consiglio nazionale della economia e del lavoro e una funzione di controllo legislativo affidata al presidente della Repubblica e precipuamente alla corte costituzionale» (C. CERETI, *Funzione legislativa e controllo di legittimità*, in AA. VV., *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, Giuffrè, 1960, 525-526).

¹⁹ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 173-174.

Questa funzione di sottrazione all'ordinamento giuridico delle leggi illegittime è stata resa possibile dal fatto che la Costituente decise di attribuire alle sentenze di accoglimento della Consulta un'efficacia non *inter partes* (com'è proprio della tutela giurisdizionale), ma *erga omnes*²⁰, senza, per ciò solo, invadere la sfera di competenza del Parlamento; o meglio, senza oltrepassare quella soglia di ripartizione delle prerogative costituzionali che consente di discorrere di «divisione dei poteri», intesa nel nostro disegno costituzionale in ottica kelseniana, cioè quale «ripartizione del potere fra organi diversi, non tanto per isolarli reciprocamente quanto per consentire un controllo degli uni sugli altri»²¹.

Sebbene «annullare una legge [significhi] porre una norma generale, giacché tale annullamento ha lo stesso carattere di generalità della formazione della legge»²² e sebbene, sul piano logico, la Corte costituzionale sembrerebbe dover essere equiparata al legislatore, poiché entrambi innovano l'ordinamento giuridico emanando atti aventi pari efficacia, sul piano sistematico non si intendeva compiere tale assimilazione. Difatti, mentre il Parlamento innova introducendo disposizioni nuove nel merito e nella sostanza, la Corte si limita - *rectius*, si sarebbe dovuta limitare - a eliminare le innovazioni contrastanti con la Costituzione, così correggendo il sistema normativo, secondo una «visione gradualistica» dell'ordine giuridico²³.

Questa «legislazione negativa» era, perciò, concepita priva di uno degli attributi fondamentali del potere legislativo, ossia quello di «adottare una determinazione funzionale di un determinato scopo politicamente apprezzabile»²⁴.

2.2. L'articolo 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

Nonostante la teorica mancanza di un ruolo attivo, fu fin da subito evidente che la posizione attribuita avrebbe permesso alla Corte costituzionale di divenire «un organo che partecipa alla funzione di indirizzo politico centrale»²⁵, condizionandone sia la determinazione che l'attuazione. Avrebbe inciso sull'una, in quanto gli «atti sottoposti al suo giudizio ne sono estrinsecazione e irradiazione»; sull'altra, in quanto, dichiarando l'incostituzionalità di una legge o rigettando una questione, «accerta che, in rapporto ai motivi di ordine costituzionale fatti valere, l'indirizzo seguitosi o volutosi seguire in un determinato settore non può oppure non può ulteriormente continuare nella direzione prescelta»²⁶.

Proprio a causa di tale presa di coscienza, i Padri costituenti ravvisarono la necessità di evitare un rischioso «*spostamento di potere* - non previsto dalla costituzione e politicamente inopportuno -

²⁰ «La garanzia non consiste propriamente nella competenza attribuita alla Corte costituzionale di conoscere della legittimità costituzionale delle leggi ordinarie [...] La garanzia costituzionale sta invece nella singolare efficacia della dichiarazione di illegittimità emessa dalla Corte costituzionale. La sentenza della Corte, infatti, non dichiara l'esistenza (o l'inesistenza) di una volontà di legge a favore (o contro) una parte, come è proprio della tutela giurisdizionale; ma pronuncia la invalidità della legge *erga omnes*, sostanzialmente sottraendo la legge stessa all'ordinamento giuridico» (G. CHIARELLI, *Appunti sulle garanzie costituzionali*, in AA. VV., *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, Giuffrè, 1960, 532).

²¹ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 173-174.

²² *Ibidem*, 173.

²³ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 52.

²⁴ F. BILE (e altri componenti della delegazione italiana), *L'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Relazione italiana*, XIV Conferenza delle Corti costituzionali europee, Vilnius, 2 - 7 giugno 2008, al sito telematico della [Corte costituzionale](#), Studi e Documentazione.

²⁵ P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in AA. VV., *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, Giuffrè, 1960, 46.

²⁶ F. PIERANDREI, *La Corte come organo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, voce *Corte Costituzionale*, X, 1962.

dal parlamento ad un organo esterno ad esso»²⁷, che «non partecipa [...] di un fondamento analogo a quello degli organi politicamente attivi ove si esprime il principio di maggioranza»²⁸. Così, vi fu chi, ritenendo che la (discussa) formula «legittimità costituzionale»²⁹, riferita all'oggetto del controllo della Corte, non fosse sufficientemente restrittiva per scongiurare detta eventualità, reputava necessario introdurre una disposizione volta a delimitare la competenza della Corte³⁰. La proposta, pur rimanendo senza esito in sede costituente, rappresentò il punto di partenza per l'emanazione di una futura disposizione.

Si tratta dell'articolo 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

La relazione sul disegno di detta legge permette di cogliere inequivocabilmente il fulcro della sua *ratio*. Il controllo della Consulta avrebbe dovuto essere rigorosamente circoscritto all'ambito giurisdizionale, al di sopra di qualsiasi valutazione di natura politica. L'indagine sulla legittimità costituzionale delle leggi avrebbe dovuto essere volta a stabilire in concreto se per il contenuto, oltre che per la forma, l'attività legislativa avesse rispettato la disciplina già in astratto stabilita dalle norme costituzionali, al di fuori di ogni giudizio di opportunità politica. E ciò indipendentemente dalla tipologia di disposizione costituzionale adottata quale parametro di giudizio; anche se la diversa elasticità di una norma di principio rispetto a una programmatica o a una di regola avrebbe, indubbiamente, dato un'impronta speciale alla funzione della Corte, consentendole un sindacato più o meno ampio sull'operato del Parlamento³¹. L'obiettivo della disposizione in questione era, perciò, quello di porre limiti e freni all'attività di garanzia costituzionale, allo scopo di evitare che la Corte potesse far emergere la componente politica del suo giudizio, fino a trasformarsi in una specie di super-parlamento³².

Con l'articolo 28 si esplicitò che «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Malgrado le numerose critiche della dottrina³³, detta disposizione, interpretata in modo sistematico, avrebbe dovuto avere una propria fondamentale e necessaria funzione: limitare l'area di competenza del giudice delle leggi allo *ius conditum*, riservando al Parlamento lo *ius condendum*³⁴.

²⁷ [Corsivo del testo originale] H. Kelsen, *Chi deve essere il custode della Costituzione?* in ID, *La giustizia costituzionale*, 1928, trad. it. C. Geraci (a cura di), Milano, Giuffrè, 1981, 254.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, 111.

²⁹ Emendamento all'articolo 126, proposto da Costantino Mortati ed Egidio Tosato (AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, vol. V, cit., 4224); ora, articolo 134, primo alinea, della Costituzione.

³⁰ Articolo 126 *bis* del Progetto di Costituzione, proposto da Gaetano Martino: «La Corte non potrà pronunciarsi sulla validità degli atti legislativi e dei decreti, se non in relazione a quelle norme costituzionali, la cui interpretazione non giustifichi una pluralità di soluzioni, una delle quali sia stata adottata dal Parlamento o dal Governo. Essa si asterrà parimenti, nelle sue decisioni, dal pronunciarsi su questioni che implicino una valutazione dell'opportunità dei suddetti atti» (*ibidem*, 4237).

³¹ AA. VV., *Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente*, in *Atti parlamentari. Documenti - Disegni e relazioni*, n. 469, Roma, Camera dei Deputati, 17 aprile 1950, 9-11.

³² Seduta n. 593, 22 novembre 1950, in AA. VV., *Atti parlamentari. Discussioni*, testo n. 469, Roma, Camera dei Deputati, 23871-23872.

³³ Sebbene il dibattito parlamentare prestò notevole attenzione non solo all'aspetto sostanziale, ma anche a quello formale e lessicale dell'articolo 28, per non incorrere in contraddizioni e interpretazioni che *a contrariis* avrebbero potuto permettere un eccesso di sindacato da parte del giudice costituzionale (per una ricostruzione del dibattito parlamentare, seduta n. 667, 14 marzo 1951, in AA. VV., *Atti parlamentari. Discussioni*, testo n. 469, cit., 27101-27105), molti commentatori non hanno accolto con favore la disposizione, soprattutto per aver aggiunto elementi superflui, giungendo a definirla «inopportuna e incostituzionale» (G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Ius*, fasc. 3/1951, 382, nota 3), «aberrante» (P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, CEDAM, 1953, 184; M. CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico*, in AA. VV., *Studi in memoria di P. Calamandrei, III*, Padova, CEDAM, 1957, 94), «superflua e imprecisa» (M. S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Rivista italiana per le scienze*

Il divieto per la Corte costituzionale di svolgere alcuna «valutazione di natura politica», pur apparendo a prima vista una mera riaffermazione degli articoli 134 e 136 della Costituzione³⁵, è una regola immediatamente integrativa delle disposizioni costituzionali.

Essa è volta a definire la fisionomia di un organo capace di interferire con il potere politico, dal momento che, alla stregua del puro principio di separazione dei poteri, il sindacato di legittimità costituzionale avrebbe potuto rappresentare un *vulnus* per le prerogative del potere legislativo. La norma era animata dall'esigenza di determinare i confini del controllo della Corte, i quali non avrebbero potuto discendere astrattamente e direttamente dal principio *montesquieuano*: era necessario esplicitare che il giudice delle leggi si sarebbe dovuto arrestare dinnanzi alle c.d. *political questions*³⁶.

Inoltre, il divieto di operare alcun «sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» chiarisce il fatto che la «politica» cui la norma fa riferimento non era da interpretare solo come *conflitto tra maggioranza e opposizione*, la cui composizione non sarebbe dovuta competere a un organo apartitico, ma anche come *attuazione della Costituzione*, ossia come scelta tra più soluzioni ugualmente legittime.

Il termine «discrezionale» era stato impiegato muovendo da due contrapposti presupposti: quello per cui il legislatore può (e deve) svolgere valutazioni di opportunità, ma non in modo totalmente arbitrario, dovendo necessariamente ricalcare quanto prefissato dalle norme costituzionali; e quello, opposto, che implica l'esistenza di un'attività legislativa non - espressamente - vincolata a precetti costituzionali, che ne indichino una direzione o una finalità³⁷. Non si discorreva, quindi, di una

giuridiche, 1954, nota 2), «ingenua» (P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc. 1/1956, 51, ripreso da N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, in *Id* (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, 57), «sbagliata» e «inutile» (P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, cit., 52), «infelice» (F. PIERANDREI, *In particolare, dell'«eccesso di potere» legislativo*, in *Enciclopedia del diritto*, voce *Corte Costituzionale*, X, 1962), «equivoca e contraddittoria» (C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968, 224), «tutt'altro che perspicua» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'Ordinamento costituzionale italiano*, Padova, CEDAM, 1984, 358), «infelice e criticatissima» (S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 3/2012, 619).

³⁴ A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Il Foro italiano*, vol. 103, n. 5, 1980, 120.

³⁵ A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 798.

³⁶ P. COSTANZO, [Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività](#), in questa [Rivista, Studi 2006](#) (. Le suggestioni in tal senso derivano dall'esperienza della Corte Suprema americana, in particolar modo dalle parole pronunciate del giudice William J. Brennan, in *Baker v. Carr*, 396 U.S. 186 (1962), § 43: «*The nonjusticiability of a political question is primarily a function of the separation of powers. Much confusion results from the capacity of the "political question" label to obscure the need for case-by-case inquiry*». Cfr. C. PIPERINO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, cit., 81 ss.

³⁷ A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 795-797; in questo senso S. STAIANO, *Introduzione*, in M. Scudiero - S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, Jovene editore, 1999, XIII, parla di «doppiezza del concetto di "discrezionalità"». E se così non fosse, allora sarebbe corretto considerare - come sostenne il primo commentatore dell'articolo 28, ancora prima della sua emanazione - la norma «inopportuna e incostituzionale»: la formula farebbe ritenere «che 1) le leggi [siano] atti discrezionali e quindi [siano] vincolate nel fine e 2) che, malgrado ciò, la Corte non [possa] esercitare nei loro confronti il sindacato sull'eccesso di potere». Circa il primo punto, una legge ordinaria non potrebbe essere competente a stabilire se le leggi siano atti politici (liberi nella determinazione del fine) o discrezionali (vincolati nel perseguimento di un fine), appartenendo tale prerogativa alle sole norme costituzionali; quanto poi al secondo punto, aderendo alla visione delle leggi come atti discrezionali, sarebbe errata l'esclusione del sindacato della Consulta sull'eccesso di potere, essendo l'inosservanza del fine cui un atto è vincolato un vizio di legittimità e non di merito: un tal limite violerebbe il principio di illimitatezza del sindacato giurisdizionale sulla legittimità delle disposizioni legislative e, conseguentemente, l'articolo 134 della Costituzione, che sancisce il controllo di legittimità delle leggi senza alcuna limitazione. L'articolo 28 sarebbe, dunque, «inopportuno» - pretendendo di prendere posizione sull'interpretazione di norme costituzionali con una legge ordinaria - e «incostituzionale», sia in modo eventuale - qualora fosse esatta un'interpretazione delle disposizioni della Costituzione

discrezionalità intesa in senso amministrativistico: pur non essendovi nel nostro ordinamento un generico principio di «libertà nel fine», in quanto un vincolo finalistico è ravvisabile sia nella c.d. legislazione specializzata sia nelle c.d. norme programmatiche³⁸ (e comunque, anche in queste ipotesi, è necessario rimodulare il concetto di discrezionalità, mancando la potestà legislativa di «doverosità» e difettando gli atti legislativi della necessaria «presenza motivata nella decisione di tutti gli interessi rilevanti»³⁹), non è ravvisabile in uno Stato pluralista un interesse pubblico costituzionalmente predefinito, al cui perseguimento l'attività legislativa sia vincolata o funzionalizzata in modo generale. Questa libertà non implica, però, direttamente la configurabilità di un'attività *praeter constitutionem*, in quanto vi sono norme costituzionali che, pur non disciplinando in modo diretto una specifica materia, fissano principi e obiettivi valevoli per una molteplicità di fattispecie. Infatti, «la funzione di indirizzo politico [deve tendere] *ad attuare la costituzione*, e quindi [fornire] agli organi dello Stato fini anche non contenuti nella Carta costituzionale, *ma sempre in armonia con essa*, e quindi *vincolati ad essa*»⁴⁰.

Dunque, con l'articolo 28 si avrebbe voluto escludere «un sindacato della Corte sulla scelta dei fini che il Parlamento, nei limiti - anche positivi però - costituzionalmente stabiliti, può operare, ma non già sul modo in cui, in relazione agli altri fini presenti in Costituzione, il Parlamento li realizza»⁴¹, potendo il giudice costituzionale annullare una legge, laddove il suo contenuto sacrifichi taluno di questi.

2.3. La debolezza della netta delimitazione tra legittimità e merito.

Prima di iniziare a valutare perché e come la Corte costituzionale si sia discostata dal modello delineato dai Padri costituenti, sono necessarie alcune precisazioni - utili, forse, anche per un primo tentativo di giustificazione dei sempre più ampi e meno prevedibili margini di decisione acquisiti dal giudice delle leggi - sull'asseritamente netta delimitazione tra la sfera giurisdizionale-costituzionale e la sfera politica-discrezionale posta alla base dei divieti in oggetto.

Innanzitutto, la politicità, essendo «consustanziale» sia all'idea di Costituzione - se si ritiene che la Carta sia il risultato di un «tentativo di razionalizzare giuridicamente la materia politica» e, perciò, «[abbia] e non potrebbe non avere per contenuto la materia politica»⁴² -, sia, naturalmente, all'idea di produzione legislativa, è una caratteristica «intrinseca» anche della giurisdizione costituzionale: la Corte è chiamata a confrontare, mediante le categorie giuridiche della giurisdizione, i valori politici espressi nelle leggi con quelli, altrettanto politici, espressi nella Costituzione. Se anche la materia politica deve essere disciplinata solo dal Parlamento e, prima ancora, dalla Costituzione, quella stessa materia non può non essere oggetto di valutazione da parte della Consulta, sia pure in forma giurisdizionale e non legislativa e limitatamente al parametro

differente da quella da esso accolta -, che in modo intrinseco - poiché, partendo dalla premessa che le leggi, in quanto atti discrezionali, possano essere viziate da eccesso di potere, escluderebbe il potere della Consulta di indagare su questo vizio, provocando un'indebita contrazione del sindacato della Corte costituzionale rispetto a quello che risulta dalla Costituzione (G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, cit., 381-382, nota 3. Cfr. ID, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per l'Altopiano silano e sulla riforma agraria e fondiaria*, in *Il foro italiano*, vol. 75, n. 4, 1952, 74-75).

³⁸ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano, Giuffrè, 1970, 343-344.

³⁹ L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, fasc. 1/1964, 311-314.

⁴⁰ [Corsivo del testo originale] P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, cit., 48-49.

⁴¹ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, cit., 347.

⁴² F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, 1952, in ID, *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1964, 158.

costituito dai valori espressi in Costituzione⁴³. Quindi il modello originario andrebbe così re-interpretato: la Corte costituzionale accoglie una questione di legittimità costituzionale laddove, svolgendo una valutazione politica di “terzo grado”, riscontri che la valutazione politica di “secondo grado” compiuta dal legislatore sia contrastante con quella di “primo grado” contenuta nella Costituzione⁴⁴. Seppur per via mediata, perciò, la Corte non può non partecipare all’attuazione della Costituzione e in ciò si concretizza la sua ineludibile «anima “politica”»⁴⁵. Quello che le è - *rectius*, dovrebbe esserle - inibito è lo svolgimento di una nuova o diversa valutazione politica di “secondo grado”, posta in essere mediante l’annullamento di una legge per questioni di mera opportunità ovvero mediante l’introduzione nella sentenza di una *pars construens*, specialmente se non costituzionalmente obbligata.

Inoltre, se non vi può essere una legislazione *praeter constitutionem*, allora anche quello «spazio vuoto»⁴⁶ deve in ogni caso essere conforme ai fondamentali valori costituzionali, tra i quali emergono i principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità⁴⁷. «In teoria, nulla è fuori di una Costituzione interpretata con intelligenza»⁴⁸ e quest’interpretazione è, in ultima istanza, affidata alla Corte costituzionale stessa.

Non essendo l’estensione della discrezionalità definibile a priori, se non in termini vaghi e imprecisi, essa è rimessa in ampia misura alla capacità di autolimitazione (o autocontrollo) del giudice costituzionale stesso. Per questo motivo, è stato affermato che la Corte da «custode istituzionale delle attribuzioni dei singoli poteri e giudice delle controversie riguardanti i conflitti relativi, è divenuta surrettiziamente potere “re distributore” delle attribuzioni»⁴⁹.

L’impossibilità di eterodeterminare in modo netto e assoluto il confine tra il campo della legittimità, appartenente alla Corte, e quello del merito, appartenente al legislatore, ha consentito al

⁴³A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in [Rivista AIC](#), fasc. 4/2019, 156-157; ID, *Sull’intrinseca “politicità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in [Federalismi.it](#), fasc. 5/2017, 5-6. Questo assunto diviene più chiaro considerando che, «essenzialmente e in ultima istanza, la Costituzione “tenta” di giuridicizzare la profonda, universale e inevitabilmente indeterminata aspirazione umana alla giustizia» (ID, *op. ult. cit.*, 5) e che la Corte costituzionale è «un organo dotato di compiti di “giustizia”, più che solo di stretta giurisdizione» (P. GROSSI, [Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015](#), 2). Se la legalità è la conformità al diritto positivo, invece, la legittimità, è la coerenza con le ragioni pre-positive di “giustizia” ed è il legislatore che definisce, mediante un’attività politica, cosa sia la “giustizia” nella sua dimensione sociale e materiale: laddove tale concretizzazione non sia adeguata, secondo i valori costituzionali, alle situazioni che la legge pretende di regolare, il giudice costituzionale interviene con il giudizio di “giustizia”, svolgendo dunque esso stesso una valutazione, in questo senso, di natura politica (G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., 172-178).

⁴⁴ Valutazione che in molti casi, com’è stato sostenuto, comporta l’applicazione di «norme costituzionali che sono frequentemente incomplete, reticenti, lacunose, ambigue, e che spesso si limitano (a differenza di quelle ordinarie) a stabilire il *fine*, che talvolta è puntualizzato in un *valore supremo* (uguaglianza, giustizia, dignità, ecc.). Occorre dunque che la Corte costituzionale integri le norme alla luce dei valori politici fondamentali; per cui la attività di essa è di interpretazione creatrice, teleologica» [corsivo del testo originale] (P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, cit., 54-55); norme contenenti pericolosi «termini troppo generici» (H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della Costituzione*, cit., 254).

⁴⁵ Sul senso di tale espressione, R. ROMBOLI, *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁴⁶ [Sent. n. 172 del 1999](#), cons. dir. 2.1.

⁴⁷ A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., 156.

⁴⁸ S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2015, 34.

⁴⁹ L. ARCIDIACONO, *Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre recenti decisioni*, in *Teoria dello stato e del diritto*, fasc. 2/2009, 216; nello stesso senso, R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 241; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 130-131; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, 331, 342 ss.

giudice costituzionale di «alternare i tempi e le occasioni della prudenza a quelli dell'audacia, secondo un movimento di espansione e di contrazione»⁵⁰.

Così, la debolezza dell'articolo 28 si è tramutata in occasione e i divieti in esso contenuti sono diventati «croce e delizia della giurisdizione costituzionale, costituendone nel contempo il limite, ma anche un oggetto di valutazione»⁵¹, per spostare il confine tra legittimità e merito in base a ciò che le «circostanze di volta in volta consigliano»⁵².

3. La Corte costituzionale nel contesto.

Proprio il rapporto con il contesto storico e politico-istituzionale permette di procedere nella comprensione dell'evoluzione del nostro giudice delle leggi, verso una direzione sempre più intraprendente.

Un primo fattore caratterizzante l'attuale contesto è individuabile nell'affermazione di nuovi paradigmi giuridici derivanti dal diritto sovranazionale e internazionale, che, se da un punto di vista sostanziale, influenzano il costituzionalismo nazionale, da un punto di vista sistematico, inducono il nostro giudice costituzionale a confrontarsi con differenti corti di giustizia e a interrogarsi sul proprio ruolo. Un altro fattore che incide sulla tenuta delle strette maglie del giudizio della Corte è lo sviluppo della società e delle scienze, che, trovando soluzioni insoddisfacenti nelle determinazioni degli organi politici, ricerca un luogo di espressione negli organi di garanzia; e così, ancora oggi, si rinvengono questioni di legittimità basate su una *fictio litis*, volte ad attivare processi di modernizzazione dell'ordinamento. Vi è, infine, accanto alla contingente problematica rappresentata da interventi legislativi mal coordinati e sviluppati sempre più negli uffici legislativi dei ministeri o delegati a decreti attuativi, un fattore che fin dall'inizio della storia della giustizia costituzionale italiana, ha indotto - e talvolta costretto - la Corte a rimeditare i confini del proprio ruolo: si tratta dell'inerzia del legislatore e del mancato seguito legislativo delle decisioni del giudice delle leggi⁵³.

È tale ultimo profilo che particolarmente rileva nel quadro del presente lavoro.

3.1. *L'horror vacui e le sentenze autoapplicative.*

In «linea di principio»⁵⁴, il soggetto legittimato a «concretizzare» i valori costituzionali, ponendoli a contatto con le fattispecie concrete per trasformarli in regole, è il legislatore; la Consulta dovrebbe limitarsi, nel giudizio di costituzionalità negativo-eliminativo, a vagliare il prodotto legislativo, in quanto la scelta tra le diverse possibilità di concretizzazione non è - *rectius* non dovrebbe essere - nella sua disponibilità⁵⁵.

Ma quali conseguenze laddove, successivamente all'annullamento di una legge, si crei un vuoto normativo nel sistema e le circostanze precludano a un'inattività del legislatore? E quali conseguenze laddove, successivamente a un mero accertamento di incostituzionalità, il Parlamento rimanga

⁵⁰ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., 237.

⁵¹ P. COSTANZO, [Legislature e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività](#), cit.

⁵² A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 817. Nello stesso senso, E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, cit., 78-79, parla di «fluidità nei rapporti tra organo di controllo e organo parlamentare».

⁵³ Cfr. sul tema, D. TEGA, *La Corte costituzionale nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit.

⁵⁴ Cfr. [ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 10.

⁵⁵ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., 223-228.

inerte? Durante il dibattito svoltosi in Assemblea costituente era velatamente emerso il problema dell'*horror vacui* successivo a una sentenza di accoglimento e si notava come «[sarebbe potuto avvenire] che per un periodo di tempo, non [si sa] quanto lungo, rapporti che [potevano] essere anche fondamentali, non [venissero] regolati da nessuna legge»⁵⁶. La Commissione, però, suppose di superare «le incertezze con questo dilemma: o la legge annullata è una legge completamente nuova, e allo stesso modo in cui si è potuto andare avanti per lungo tempo senza la legge, si potrà proseguire ancora per qualche tempo, in attesa che il Parlamento rifaccia la legge in termini corrispondenti alla Costituzione; o la legge è semplicemente novativa di disposizioni che esistevano in precedenza e si rimarrà all'antico»⁵⁷.

I Padri costituenti si limitarono a stabilire (in modo ambiguo) che «la decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere e ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali»⁵⁸.

Nonostante a livello ordinario⁵⁹ e regolamentare⁶⁰ siano state emanate alcune disposizioni sul c.d. seguito legislativo delle sentenze della Corte⁶¹, la prospettata «collaborazione nel rispetto delle reciproche sfere di competenza»⁶² ha presto mostrato segni di scarsa, se non nulla, efficacia⁶³.

Dinnanzi a moniti rimasti inascoltati o termini invano concessi e alla contestuale impossibilità di coartare il legislatore *manu militari*⁶⁴ a intervenire raggiungendo delicati equilibri politici, la paura di vuoti normativi non colmabili in via d'interpretazione⁶⁵ e la necessità di non far sopravvivere situazioni di illegittimità hanno provocato «mutazioni genetiche» dell'originario modello di giustizia costituzionale⁶⁶: il giudice delle leggi adotta (anche) sentenze «*autoapplicative*»⁶⁷, ossia

⁵⁶ Orazio Condorelli, seduta pomeridiana di sabato 29 novembre 1947, in AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, vol. V, cit., 4264.

⁵⁷ Paolo Rossi, seduta pomeridiana di sabato 29 novembre 1947, *ibidem*, 4269.

⁵⁸ Articolo 136 comma 2 della Costituzione. In realtà, la *ratio* di tale disposizione non deriva dalla consapevolezza della sussistenza di un problema di «seguito» inteso quale varietà di soluzioni legislative praticabili per rimediare al vuoto causato dalla pronuncia costituzionale, ma nasce dalla necessità di definire la considerazione da attribuire alla legge oggetto di giudizio nell'ottica di un giudice costituzionale in grado di emettere decisioni meramente dichiarative: il «seguito» di cui all'articolo 136 della Costituzione si riferiva alla possibilità per il Parlamento di abrogare la legge invalidata dalla Consulta ovvero di procedere a riprodurne il contenuto nella «forma costituzionale» della revisione costituzionale. Anche quando i Padri costituenti decisero di attribuire alle sentenze della Corte effetti costituiti, si voleva riferire la disposizione all'eventualità che il legislatore reintroducesse la norma censurata; sebbene non si spieghi l'esplicita menzione di «forme costituzionali» di «seguito», non essendo mai stato dubbio che i vuoti provocati dalle decisioni di accoglimento debbano essere riempiti nelle stesse «forme» legislative degli atti caducati (A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, Giuffrè, 1988, 26-34).

⁵⁹ Articolo 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

⁶⁰ Articolo 108 del Regolamento della Camera dei deputati; articolo 139 del Regolamento del Senato.

⁶¹ Cfr. sul tema N. ASSINI, *Il seguito (legislativo) delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento*, in AA. VV., *In onore di Vezio Crisafulli. I. Scritti su la giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 1985, 21-44; A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, cit..

⁶² G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in AA. VV., *In onore di Vezio Crisafulli. I. Scritti su la giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 1985, 793.

⁶³ Sul punto, E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, cit., 80-82.

⁶⁴ A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale](#), cit. 573.

⁶⁵ È sempre tale esigenza alla base delle pronunce manipolative e mai un generico e opinabile principio di conservazione degli atti legislativi, che si vorrebbe far derivare all'articolo 1419 del codice civile, ma che difficilmente potrebbe ritenersi applicabile nel giudizio di costituzionalità (G. Branca - G. Maranini, a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi Editore, 1966, 61); anche perché c'è da chiedersi «se di conservazione si possa ancora parlare di fronte a norme che escono profondamente trasformate dalla "plastica" costituzionale» (C. PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2/1975, 653).

⁶⁶ C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, 93-94.

decisioni i cui effetti manipolativi, additivi o sostitutivi, del dettato normativo si esplicano «senza che occorra in assoluto (bensì solo per una più integrale e sistematica attuazione) *interpositio* del legislatore»⁶⁸.

*Quod non fecerunt conditores, faciunt iudices*⁶⁹.

È innegabile che con questo atteggiamento la Corte costituzionale si ingerisca nel campo della discrezionalità legislativa, attuando la Costituzione; soprattutto quando fuoriesce dal perimetro del costituzionalmente obbligato, per addentrarsi in quello del costituzionalmente possibile. D'altra parte, però, in presenza di un legislatore «nel torpore»⁷⁰ - non necessariamente per cattiva intenzione, ma anche a causa dell'instaurarsi di un difficoltoso e troppo lungo dibattito politico⁷¹ - un tale attivismo può risultare condizione necessaria per una continua correzione e un progressivo sviluppo del sistema normativo, secondo i valori e i principi costituzionali, nella loro costante evoluzione.

4. La materia penale.

La problematica della scarsa sintonia tra le esigenze di adeguamento costituzionale e gli interventi dell'organo politico è sempre stata particolarmente evidente in ambito penale. È, infatti, principalmente pronunciandosi in questa materia che il giudice delle leggi ha, nel corso degli anni, innovato il proprio ruolo.

Ripercorrere il moto innovativo della giurisprudenza costituzionale significa necessariamente confrontarsi con quella parte della dottrina (per il vero, maggioritaria) che in plurime occasioni ha preso le distanze dalle modalità di giudizio della Consulta e ha criticato i contenuti delle sue decisioni. Ed è altrettanto necessario confrontarsi con la terminologia utilizzata da questa dottrina: concetti ed espressioni che enfatizzano il ruolo «ingombrante» assunto dalla Corte, ma dai quali non è possibile prescindere, se si vuole affrontare la tematica in maniera dialettica.

4.1. L'articolo 25 comma 2 della Costituzione.

Un susseguirsi di *revirements* ampliativi della competenza di garanzia ha caratterizzato il rapporto intercorrente tra il diritto penale e la Corte costituzionale; non senza dar adito a diffidenze nell'accettare che un organo privo di legittimazione democratica scalfisca la riserva di legge prevista dal secondo comma dall'articolo 25 della Costituzione, modificando la politica criminale così come delineata dal Parlamento.

⁶⁷ [Corsivo del testo originale] V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, 80.

⁶⁸ E. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, in AA. VV., *In onore di Vezio Crisafulli. I. Scritti su la giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 1985, 314, il quale riporta le parole della relazione - non pubblicata e citata per mezzo di fotocopia del dattiloscritto di A. De Stefano alla terza Conferenza delle Corti costituzionali europee, svoltasi a Roma dal 20 al 22 ottobre 1976, intitolata *Giustizia costituzionale e potere legislativo in Italia*, 24.

⁶⁹ G. D'ORAZIO, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1/1992, 66.

⁷⁰ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3/2019, 554. Il legislatore è stato addirittura definito «pachidermico e incapace di mediare tra istanze contrapposte» (A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla unvereinbarerklärung? (osservazioni su corte costituzionale, ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019)*, in *Nomos*, fasc. 3/2019, 18).

⁷¹ R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali processuali e politici delle ordinanze monitorie di rinvio della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, fasc. 22/2021, 49.

Nel valutare la congruenza degli interventi della Corte in materia penale con l'ordinamento costituzionale, prima di prendere in considerazione la direzione - positiva o negativa per il reo - assunta dall'eventuale decisione di illegittimità e prima ancora di differenziare la portata di una decisione di pura cassazione rispetto a una manipolativa, si vorrebbe far derivare l'inibizione di pronunce in detto ambito dall'incidenza che esse potrebbero avere sul sistema normativo⁷². A ben guardare, tutta l'attività della Corte ha un forte riverbero sulle scelte legislative: le «operazioni chirurgiche»⁷³ del sistema penale derivano, infatti, non solo dalle sentenze che manipolano il diritto vigente, ma anche da quelle che semplicemente annullano una disposizione o rimuovono una parte di questa, le quali possono produrre effetti quantitativamente o qualitativamente tanto gravi quanto le prime⁷⁴. Allora, alla Consulta dovrebbe essere precluso qualsiasi tipo di intervento in ambito penale; campo che rimarrebbe immune al controllo di costituzionalità. Il secondo comma dell'articolo 25 della Costituzione costruirebbe, così, una deroga agli articoli 134 e 136 della Costituzione⁷⁵, di certo non voluta dai Padri costituenti (che, anzi, ritenevano non si potesse completamente ovviare ai pericoli «per la difesa della libertà»⁷⁶ solamente mediante gli articoli della Costituzione, ma semmai «attraverso la Corte costituzionale»⁷⁷, alludendo alla possibilità che quest'ultima svolgesse il controllo di costituzionalità anche sulle norme penali⁷⁸), né oggi auspicabile.

Pur non potendo, dunque, mettere in dubbio che la competenza del giudice delle leggi ricopra anche la materia penale, plurime sono state le argomentazioni utilizzate per dimostrare come il secondo comma dell'articolo 25 della Costituzione precluderebbe l'adozione di sentenze additive e sostitutive.

La presunta inammissibilità di queste ultime è stata fatta derivare dalla «particolarissima natura delle norme» che formano l'oggetto della precipua riserva di legge⁷⁹, che non potrebbe essere soddisfatta da atti normativi che non parlano «il linguaggio piano e diretto che si può e si deve pretendere da una legge»⁸⁰; dalla natura frammentaria del diritto penale, a causa della quale da piccole e singole modifiche normative potrebbero derivare vere e proprie disarmonie, cui la Corte

⁷² V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 455.

⁷³ M. D'AMICO, *Ai confini (nazionale e sovranazionali) dei favor rei*, in AA. VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino Giappichelli, 2005, 15.

⁷⁴ Un esempio lampante di tale situazione è rappresentato dalla [sent. n. 440 del 1995](#): pur dichiarando «preclusa ogni valenza additiva della presente pronuncia, di per sé preclusa dalla particolare riserva di legge in materia di reati e di pene», il risultato che il giudice delle leggi ha ottenuto mediante una decisione di accoglimento parziale - dal punto di vista testuale - è identico, in sostanza, a quello cui sarebbe giunto mediante una pronuncia additiva. La Corte ha suddiviso l'articolo 724 del codice penale in due parti: la prima è stata sottratta alla censura di incostituzionalità, riguardando la bestemmia contro la Divinità in genere, senza distinzioni o discriminazioni (anche se, in realtà, la disposizione era stata concepita dal legislatore come strumento di tutela della sola religione cattolica); la seconda, invece, prevedendo il reato di bestemmia contro i Simboli e le Persone della sola religione cattolica, è stata annullata per violazione del principio di uguaglianza. Così, la rilevanza penale è stata estesa alla bestemmia contro qualsiasi religione e a identica conclusione, la Corte sarebbe potuta giungere mediante una sentenza manipolativa volta a dichiarare incostituzionale la disposizione nella parte in cui non prevede la medesima fattispecie penale a tutela di tutte le confessioni religiose.

⁷⁵ A. PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1/1982, 308-309.

⁷⁶ La Pira, in AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VI, Roma, Camera dei deputati, Segretario generale, 1971, 370.

⁷⁷ De Vita, *ibidem*.

⁷⁸ I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., 18.

⁷⁹ L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di uguaglianza: aprile 1979 - dicembre 1983*, in AA. VV., *In onore di Vezio Crisafulli. I. Scritti sulla giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 1985, 663.

⁸⁰ C. PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?* cit., 647.

dovrebbe nuovamente porre rimedio, alimentando così un «circolo vizioso»⁸¹; dal fatto che «la riserva di legge in questione opererebbe fra fonti di pari livello nella scala gerarchica[:] non si tratterebbe di una riserva simile a quella che opera fra legge e regolamento (oppure fra Costituzione e legge, ecc.), bensì a quella prevista nei rapporti fra legge del Parlamento approvata in aula e legge del Parlamento approvata in commissione»⁸².

Considerando che talvolta interventi settoriali di difficile coordinazione provengono dallo stesso Parlamento e che non vi è un espresso divieto di concorrenza tra fonti primarie⁸³, appare più confacente al sistema far derivare il limite alle sentenze manipolative in materia penale non da una speciale riserva di legge ma dal divieto per la Corte costituzionale - previsto dagli articoli 134 e 136 della Costituzione, come esplicitato dall'articolo 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, e avvalorato in ambito penale dal secondo comma dell'articolo 25 - di svolgere valutazioni di natura politica e sindacati sull'uso del potere discrezionale del Parlamento. «La configurazione delle ipotesi criminose e la determinazione delle sanzioni per ciascuna di esse rientrano nella discrezionalità del legislatore. Gli apprezzamenti in ordine alla “meritevolezza” e al “bisogno di pena” – dunque, relativi all'opportunità del ricorso alla tutela penale e sui livelli ottimali della stessa – sono infatti, per loro natura, tipicamente politici: con la conseguenza che un sindacato sul merito delle scelte legislative è possibile solo ove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio»⁸⁴. Le questioni penali, appare chiaro, rappresentano un tipico esempio di quelle c.d. *political questions* che i Padri costituenti avrebbero voluto con fermezza espungere dall'ambito di competenza della Consulta, riservando le determinazioni in tale materia alla politica, intesa quale attuazione della Costituzione nella dinamica tra maggioranza e opposizione, così da garantire la democraticità delle decisioni concernenti la libertà dei consociati. Però, superata l'originaria concezione che la stessa Corte aveva di sé, per la quale qualsivoglia fosse l'oggetto del sindacato, «nel caso di accoglimento del ricorso, [non avrebbe potuto adottare] decisioni diverse dalla dichiarazione d'illegittimità di determinate norme»⁸⁵; dopo un'iniziale fase giurisprudenziale nel corso della quale la Consulta riteneva che qualsiasi scelta in materia penale fosse «eminentemente politica» e perciò «riservata dall'art. 25 della Costituzione al solo legislatore, restando esclusa ogni possibilità di intervento

⁸¹ A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività delle fattispecie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 4204.

⁸² A. PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, cit., 308-309.

⁸³ Non è, infatti, pacifico se l'articolo 25 comma 2 della Costituzione si riferisca alla legge in senso materiale (cfr. *ex pluribus*, A. PAGLIARO, *Il concetto di legge nell'art. 25 cost. e negli art. 1 e 199 c.p. (legge costituzionale, legge ordinaria formale, legge delegata, decreto-legge, decreti governativi in tempo di guerra, bandi militari)*, in *Enciclopedia del diritto*, voce *Legge penale*, XXIII, 1973) ovvero in senso formale (cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2015, 41-43).

⁸⁴ [Sent. n. 394 del 2006](#), cons. dir. 7.1. Più recentemente, cfr. [sentt. n. 141 del 2019](#), cons. dir. 7.1: «Per costante giurisprudenza di questa Corte, l'individuazione dei fatti punibili, così come la determinazione della pena per ciascuno di essi, costituisce materia affidata alla discrezionalità del legislatore. Gli apprezzamenti in ordine alla “meritevolezza” e al “bisogno di pena” – dunque, sull'opportunità del ricorso alla tutela penale e sui livelli ottimali della stessa – sono, infatti, per loro natura, tipicamente politici [...] Le scelte legislative in materia sono pertanto censurabili, in sede di sindacato di legittimità costituzionale, solo ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio»; [n. 95 del 2019](#), cons. dir. 2: «Le coordinate dello scrutinio risultano, dunque, segnate dalla nota e costante giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale la configurazione delle fattispecie criminose e la determinazione della pena per ciascuna di esse costituiscono materia affidata alla discrezionalità del legislatore. Gli apprezzamenti in ordine alla “meritevolezza” e al “bisogno di pena” – dunque, sull'opportunità del ricorso alla tutela penale e sui livelli ottimali della stessa – sono, infatti, per loro natura, tipicamente politici [...] Le scelte legislative in materia sono pertanto censurabili, in sede di sindacato di legittimità costituzionale, solo ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio». Nello stesso senso, già [sent. n. 161 del 2004](#), cons. dir. 7.1: la «valutazione legislativa in termini di “meritevolezza” ovvero di “bisogno” di pena, [è] idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale».

⁸⁵ [Sent. n. 19 del 1956](#), cons. dir.

attraverso sentenze cosiddette additive»⁸⁶; dinnanzi a notevoli violazioni del principio di ragionevolezza, il giudice costituzionale, sempre ispirato al «rispetto dei rapporti tra poteri istituzionali»⁸⁷, ha iniziato a pronunciare sentenze manipolative solamente alla duplice condizione che gli effetti della propria sentenza fossero in *bonam partem* e che la soluzione adottata fosse costituzionalmente obbligata. Laddove, cioè, almeno formalmente, la libertà personale non fosse ristretta da scelte di natura eminentemente politica.

4.2. *Gli effetti in bonam e in malam partem.*

Difatti, in ragione sia della sussidiarietà dello strumento penale, da considerare quale *extrema ratio* dell'ordinamento, che della dottrina del bene giuridico⁸⁸, per cui non vi è un'automatica tutela penale per ogni bene costituzionalmente rilevante, nonché della necessità di individuare tra i fatti illeciti quelli da elevare al rango di reati, le lacune dell'ordinamento penale non sono - quasi mai - tecnico-giuridiche, bensì politiche⁸⁹. È, però, necessario tener presente che, «qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità *in malam partem* fosse attribuito carattere assoluto, si determinerebbe, in effetti, una situazione palesemente incongrua: venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole»⁹⁰, magari *ad personam*.

Così, al fine di evitare la sopravvivenza di «zone franche, del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile»⁹¹, dopo aver superato con una sentenza-saggio lo scoglio della rilevanza delle questioni di costituzionalità con risvolti sfavorevoli al reo⁹², la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile il sindacato di legittimità sulle

⁸⁶ [Sent. n. 42 del 1977](#), cons. dir. 4.

⁸⁷ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, II, 2007, 1302.

⁸⁸ Per un'analisi del concetto di bene giuridico, *ex pluribus*, G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1/1982, 42 ss.

⁸⁹ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2/2019, 786-787. Oltre il reato di tortura, la cui inderogabile rilevanza penale è imposta dal quarto comma dell'articolo 13 della Costituzione, in realtà, sembrano esistere obblighi di criminalizzazione di matrice sovranazionale e comunitaria: sono i c.d. «obblighi di penalizzazione» che «impongono agli Stati parte il compito di mettere in movimento il proprio sistema penale sostanziale con lo scopo di assicurare, per attenersi al caso della CEDU, la reale efficacia dei diritti garantiti dalla Convenzione. Tali obblighi si declinano, a loro volta, in diverse ipotesi, quali la domanda di introdurre una fattispecie modellata sulla norma incriminatrice-tipo adottata in diritto internazionale; l'obbligo di garantire una tutela adeguata degli interessi in gioco mediante il ricorso a sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive o il cui minimo vada oltre determinati massimi editati fissati a livello internazionale; talvolta - ma è ipotesi maggiormente remota - attraverso la richiesta di emendare la parte generale dei codici penali, come nel caso in cui oggetto dell'obbligo sia una regola in materia di responsabilità penale» (S. MANACORDA, *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *Rivista AIC*, fasc. 4/2012, 1373). Questo potere sovranazionale e comunitario di «criminalizzare senza punire» (C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cassazione penale*, fasc. 3/2010, 1146-1147), relegando il Parlamento a fungere da portavoce di valutazioni sulla meritevolezza e sul bisogno di pena già operate, è annoverabile, quale fattore «esogeno», tra le cause della «crisi» della riserva di legge (V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 520-523).

⁹⁰ [Sent. n. 394 del 2006](#), cons. dir. 6.1.

⁹¹ [Sent. n. 148 del 1983](#), cons. dir. 3.

⁹² Ci si riferisce alla [sent. n. 148 del 1983](#): dopo aver ribadito che il principio di irretroattività in materia penale è un «fondamentale principio di civiltà giuridica», la Consulta ha osservato, in primo luogo, come l'eventuale accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale aventi a oggetto norme penali di favore inciderebbe sia sui dispositivi delle sentenze, che sul loro schema argomentativo, modificandone la *ratio decidendi*; in secondo luogo, ha sottolineato che non è suo compito stabilire in quali modi il sistema potrebbe reagire a una sentenza di annullamento, problema di competenza dei giudici comuni; infine, ha ricordato che essa non è vincolata all'alternativa secca tra accoglimento e

norme che «sottraggono» una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva», ma non - ancora - su quelle che «delimitano» l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato», in quanto solo all'annullamento delle prime potrebbe seguire l'«automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore», senza la necessità di svolgere «una valutazione legislativa in termini di meritevolezza ovvero di bisogno di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale»⁹³,⁹⁴.

4.3. Dalle «rime obbligate» ...

Fino a pochi anni fa, a ogni modo, il giudice delle leggi sembrava inamovibile nell'esigere che la parte additiva o sostitutiva della sentenza fosse a «rime obbligate». Com'è noto, secondo la teoria crisafulliana, la Consulta «non crea, essa, liberamente (come farebbe il legislatore) la norma, ma si limita a individuare quella - già implicita nel sistema e magari addirittura ricavabile dalle stesse disposizioni costituzionali di cui ha fatto applicazione - mediante la quale riempire immediatamente la lacuna, che altrimenti resterebbe aperta nella disciplina della materia, così conferendo alla pronuncia adottata capacità autoapplicativa»⁹⁵. Individuato il parametro costituzionale violato - primo fra tutti il principio di uguaglianza, nelle sue diverse declinazioni, ex articolo 3 della Costituzione⁹⁶ - e un legittimo *tertium comparationis*⁹⁷, è come se il giudice delle leggi agisse «sotto dettatura della Costituzione»⁹⁸, introducendo nel sistema la sola soluzione costituzionalmente possibile.

A questa condizione, anche la più ribelle giurisprudenza ordinaria⁹⁹ abbandonava la concezione - dai non semplici risvolti - per cui l'efficacia *erga omnes* delle sentenze manipolative dovesse essere propria solo del «profilo ablatorio» e non anche del «profilo ricostruttivo»¹⁰⁰.

rigetto, potendo pronunciarsi con sentenze interpretative o comunque correttive, incidenti sull'esito del giudizio *a quo* (cons. dir. 3). La rilevanza di tali questioni era stata, fino a quel momento, negata dalla Corte costituzionale, sul presupposto che, «in virtù della irretroattività delle sanzioni penali più sfavorevoli all'imputato, quale si desume dagli artt. 25 della Costituzione e 2 del codice penale, il giudice *a quo* dovrebbe in ogni caso applicare nella concreta fattispecie la disposizione più favorevole all'imputato, cioè quella denunciata di incostituzionalità» ([sent. n. 91 del 1979](#), cons. dir. 2; nello stesso senso, [sentt. n. 122 del 1977](#), [n. 85 del 1976](#), [n. 26 del 1975](#), [n. 62 del 1969](#)). Il tema era stato ampiamente dibattuto in dottrina: cfr. M. DOGLIANI, *irrilevanza "necessaria" della quaestio relativa a norme penali di favore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, 586 ss.; F. MODUGNO, *Sulla pretesa incostituzionalità del requisito della «rilevanza» per le quaestiones legitimitatis*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1971, 1221 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, 1001 ss. Per una ricostruzione attuale, A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Milano, CEDAM, 2017.

⁹³ [Sent. n. 161 del 2004](#), cons. dir. 7.1.

⁹⁴ [Sent. n. 394 del 2006](#), cons. dir. 6.1.

⁹⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'Ordinamento costituzionale italiano*, cit., 407-408.

⁹⁶ Per un approfondimento sul giudizio di uguaglianza, *ex pluribus*, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, 49 ss.

⁹⁷ Per un'approfondita analisi delle problematiche sorte intorno alla figura del *tertium comparationis*, L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 - dicembre 1983*, cit., 627 ss.

⁹⁸ 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.](#), fasc. 2/2019, 649.

⁹⁹ V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 458-459. Cfr. *ex pluribus*, Cass. sez. un. 26 maggio 1984 - 15 giugno 1984, n. 5655 in relazione alle sentenze della Corte costituzionale [n. 26 del 1979](#) e [n. 103 del 1982](#).

¹⁰⁰ N. PICARDI, *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc.1/1975, 70-73. Ad esempio, nel caso di sentenze manipolative di cornici sanzionatorie, ritenere efficace *erga omnes* la sola *pars destruens* della decisione potrebbe far considerare integralmente caducata la cornice edittale, con la conseguente perdita di rilevanza giuridica del precetto penale, privo di sanzione: così alterando completamente la scelta politica del

Il controllo di costituzionalità in materia penale era, quindi, costretto entro la «camicia di forza»¹⁰¹ di un «monopolizzante schema triadico»¹⁰²: in assenza di un'unica calzante fattispecie comparativa, la Corte costituzionale non avrebbe potuto introdurre nella pronuncia una *pars construens* e, per non creare un *vulnus* normativo, esso stesso incostituzionale, dichiarava l'inammissibilità per discrezionalità del legislatore della questione di legittimità, anche «al cospetto di macroscopiche esagerazioni punitive, tanto anacronistiche quanto irragionevoli, spesso messe a nudo da fatti concretamente bagatellari»¹⁰³.

Così, il giudice delle leggi accertava l'incostituzionalità ma non la dichiarava.

La Corte disse «a ciascuno il suo»¹⁰⁴; ma in molti casi riconoscere il «suo» del legislatore significava necessariamente per il giudice costituzionale dichiararsi impotente¹⁰⁵ e rinunciare al proprio «suo», con la conseguenza che la legge impugnata, seppur reputata illegittima, continuava a produrre effetti nell'ordinamento¹⁰⁶.

L'unica *chance* per «attenuare la propria frustrazione»¹⁰⁷ derivante dal dover abdicare al ruolo di garante della Costituzione¹⁰⁸ era rappresentata dal tentativo di instaurare una collaborazione con il Parlamento, inviandogli moniti affinché esercitasse la discrezionalità legislativa che a esso solo dovrebbe competere: tecnica «inappagante»¹⁰⁹, dal momento che la maggior parte di questi inviti a intervenire sono rimasti inascoltati.

4.4. ... alle «rime possibili».

Dinnanzi a una cooperazione fallita, la Corte costituzionale, dimostrando sempre più di essere «sostanzialmente “giudice di sé stesso”»¹¹⁰, dal 2016 si è indirizzata, in modo «(finalmente)

legislatore (A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 788-790); ovvero far ritenere i limiti previsti dal Parlamento sostituiti con i limiti legali: così violando il principio di legalità, il quale «richiede anche che l'ampiezza del divario tra il minimo e il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 e che manifestamente risulti non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta» ([sent. n. 299 del 1992](#), cons. dir. 4).

¹⁰¹ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 791.

¹⁰² P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?* cit., 178.

¹⁰³ V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6/2016, 2106-1207.

¹⁰⁴ [Sent. n. 230 del 1987](#), cons. dir. 13.

¹⁰⁵ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 791.

¹⁰⁶ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 241. Si è parlato al riguardo di «*monstrum* etico-giuridico» che sancisce formalmente «l'imperio dell'illegittimità (e dell'ingiustizia)» (G. D'ORAZIO, *Una vacatio per le sentenze costituzionali?* in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, 1157). Le pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata sono state criticate sia perché «la tendenza della Corte a preoccuparsi per le conseguenze delle proprie decisioni appare ingiustificata alla luce della disposizione costituzionale, solitamente trascurata, secondo la quale la decisione di accoglimento dev'essere comunicata agli organi legislativi (Camere e consigli regionali interessati) “affinché, ove le ritengono necessario, provvedano nelle forme costituzionali”», sia in quanto «l'accertamento dell'incostituzionalità senza relativa declaratoria contrasta con l'incidentalità che caratterizza il nostro sistema di controllo di costituzionalità delle leggi, trascurando le esigenze del giudizio *a quo* e sacrificando gli interessi sostanziali delle parti» (G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996, 22-23).

¹⁰⁷ R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6/2018, 2570.

¹⁰⁸ 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*, cit., 664.

¹⁰⁹ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 785.

¹¹⁰ V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 402.

coraggioso»¹¹¹, verso un «cambio di stagione»¹¹². Tramite un «*overruling* espresso»¹¹³, la Consulta ha superato il limite del costituzionalmente obbligato, «in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove [il suo] intervento [...] restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell’individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima»¹¹⁴.

Per porre «rimedio nell’immediato a[i] *vuln[era]* riscontrat[i], senza creare insostenibili vuoti di tutela»¹¹⁵, la Corte talvolta e, per ora, solamente in caso di pronunce in *bonam partem*, interviene con sentenze manipolative anche quando le «rime» si presentano come semplicemente «possibili»¹¹⁶.

La tecnica della c.d. doppia pronuncia a «versi sciolti»¹¹⁷ nasce - ancora una volta - dall’esigenza di sopperire a una protratta inerzia del Parlamento nel dare seguito alle indicazioni, talora puntuali, provenienti dal giudice costituzionale: laddove un intervento non sia «ulteriormente differibile»¹¹⁸, «se il problema non trova risposta da parte del legislatore e continua ad essere portato all’esame della Corte, questa rompe gli indugi e pone essa stessa rimedio, utilizzando gli strumenti normativi a propria disposizione»¹¹⁹. Strumenti «spiccatamente (e doverosamente) manipolativi»¹²⁰ - nell’accezione propria, per taluni negativa, che l’aggettivo porta con sé¹²¹; strumenti che fanno emergere una funzione positiva di ricomposizione interpretativa e di integrazione normativa

¹¹¹ F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), fasc. 2/2017, 62.

¹¹² A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 785. In dottrina si è parlato di «inversione di rotta» (M. DI LELLO FINUOLI, *La pena dell’alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 6/2017, 1433); di «deciso cambio di passo» (A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e «rime obbligate»: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 10 dicembre 2018, 4); di «esplicita rivisitazione dello stato dell’arte» (P. INSOLERA, *Oltre le “rime costituzionalmente obbligate”: la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 1/2020, 40); di «svolta significativa» (V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2106); di «deciso “passo avanti”» (*ibidem*, 2113); di «nuovo indirizzo della Corte» (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*, cit., 651); di «uso probabilmente temerario del *judicial activism*» (A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., 163).

¹¹³ P. INSOLERA, *Oltre le “rime costituzionalmente obbligate”: la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, cit., 45.

¹¹⁴ [Sent. n. 222 del 2018](#), cons. dir. 8.1. Cfr. [sent. n. 99 del 2019](#), cons. dir. 2.1: «nella giurisprudenza più recente, questa Corte ha ripetutamente affermato che, di fronte alla violazione di diritti costituzionali, non può essere di ostacolo all’esame nel merito della questione di legittimità costituzionale l’assenza di un’unica soluzione a “rime obbligate” per ricondurre l’ordinamento al rispetto della Costituzione».

¹¹⁵ [Sent. n. 222 del 2018](#), cons. dir. 8.1.

¹¹⁶ S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione “a rime possibili”*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1/2019, 183.

¹¹⁷ D. TEGA, *La Corte costituzionale nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 141 ss.

¹¹⁸ [Sent. n. 40 del 2019](#), cons. dir. 4.3. Nello stesso senso, [sent. n. 222 del 2018](#), cons. dir. 8: «una complessiva rimeditazione dei termini della questione [che] non può non tener conto della circostanza che - a tutt’oggi - legislatore non ha provveduto»; [sent. n. 242 del 2019](#), cons. dir. 4: «in assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, questa Corte non può ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato».

¹¹⁹ M. CARTABIA, [L’attività della Corte costituzionale nel 2019](#), cit., 16.

¹²⁰ V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 403.

¹²¹ Nel senso che, per evitare venature critiche, si dovrebbe più propriamente parlare di «sentenze ricostruttive», G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 229-230.

dell'ordinamento¹²², non prevista in origine, quando si confidava nell'intervento degli organi legislativi nelle «forme costituzionali», ma esercitata dalla Consulta negli ultimi anni, per sopperire a *deficit* di costituzionalità non diversamente - allo stato - colmabili.

L'attenuazione della «morsa»¹²³, che ha riguardato prima la “sola”¹²⁴ cornice sanzionatoria prevista per certi reati¹²⁵ e poi la stessa rilevanza penale di determinati comportamenti¹²⁶, è avvenuta mediante il passaggio dal «geometrismo»¹²⁷ del «procedimento decisionale di tipo analogico a struttura trilaterale»¹²⁸ a un ragionamento a «cadenza diadica»¹²⁹: il giudizio di ragionevolezza non viene condotto confrontando disposizioni omogenee e dichiarando l'irragionevolezza di quella impugnata quando non conforme alle altre, ma viene svolto avendo riguardo alla sola disposizione oggetto di giudizio, nel contesto del quadro costituzionale. La Consulta non pretende la presenza di un unico *tertium*, da utilizzare sia quale punto di partenza per la valutazione di ragionevolezza e proporzionalità della disposizione penale impugnata, che come sostituto obbligato della norma censurata; ritiene sufficiente la presenza di «precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo»¹³⁰.

Il percorso decisionale della Corte si svolge non più dal raffronto con una fattispecie comparativa «avente identica struttura e *ratio*»¹³¹, ma dall'intrinseca irragionevolezza e sproporzione della norma sanzionatoria impugnata¹³².

I *tertia* svolgono ora un inevitabile ruolo ancillare e orientativo, per determinare una soluzione punitiva coerente con il quadro normativo vigente e non totalmente rimessa a un bilanciamento della congruità tra comportamento, rilevanza penale e sanzione creato *ex novo* dalla giurisprudenza costituzionale¹³³.

¹²² G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 173-174.

¹²³ 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*, cit., 650.

¹²⁴ Per così dire, da momento che qui vi è «la vera scelta politica del legislatore, in termini di “penalità materiale”» (V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2109), «stante l'intimo e sincronico collegamento tra il precetto e la misura della sanzione, entrambi parimenti determinanti circa *l'an* della punibilità» (A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 790). Per un approfondimento delle sanzioni penali, in un ottica eminentemente costituzionalistica, F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, Giuffrè, 2021.

¹²⁵ [Sentt. n. 236 del 2016](#) (concernente la cornice editale del reato di alterazione di stato nella formazione di un atto di nascita); [n. 222 del 2018](#) (concernente la pena accessoria per il reato di bancarotta fraudolenta); [n. 40 del 2019](#) (concernente la pena minima editale dei fatti di non lieve entità aventi a oggetto sostanze stupefacenti o psicotrope c.d. pesanti); [n. 88 del 2019](#) (concernente le sanzioni amministrative accessorie per i reati di omicidio stradale e lesioni stradali gravi); [n. 99 del 2019](#) (concernente la detenzione del condannato in ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta in regime di detenzione); [n. 112 del 2019](#) (concernente la confisca obbligatoria per il reato di abuso di informazioni privilegiate in materia finanziaria); [n. 73 del 2020](#) (concernente il concorso di circostanze aggravanti e attenuanti); [n. 102 del 2020](#) (concernente la pena accessoria per il reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero); [n. 113 del 2020](#) (concernente i permessi premio); [n. 150 del 2021](#) (concernente l'obbligatorietà della reclusione congiunta alla pena pecuniaria per determinate ipotesi di diffamazione a mezzo di stampa).

¹²⁶ [Sent. n. 242 del 2019](#) (concernente il reato di aiuto al suicidio).

¹²⁷ V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, cit., 10.

¹²⁸ G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, cit., 50.

¹²⁹ F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., 62.

¹³⁰ [Sent. n. 236 del 2016](#), cons. dir. 4.4.

¹³¹ [Sent. n. 222 del 2018](#), cons. dir. 8.1.

¹³² La Corte costituzionale sembrerebbe invertire l'hobbesiano «*voluntas non ratio facio legem*»: «*voluntas sine rationabilitate non facit legem*» (G. SCACCIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale*, in A. Fachechi (a cura di), *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019, 188).

¹³³ V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2110-2111; D. TEGA, *La Corte costituzionale nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 145; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., 65.

Dunque, la Corte reputa «essenziale l'individuazione di soluzioni già esistenti»¹³⁴. Inizialmente queste sono state rinvenute «“per linee interne”», «entro il perimetro conchiuso dal medesimo articolo» impugnato¹³⁵, considerato idoneo a condurre a «l'unica soluzione praticabile»¹³⁶. Successivamente, però, ribadendo che «non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima», la capacità di intervento è stata estesa a soluzioni “per linee esterne”, modellando la *pars construens* in base ad altre disposizioni legislative già presenti nel sistema normativo, purché «esse stesse immuni da vizi di illegittimità»¹³⁷, «anche alternative tra loro»¹³⁸.

5. Un'inammissibile e indebita invasione di campo?

Non v'è dubbio che l'obiettivo della Consulta «non [sia] alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze»¹³⁹. È altrettanto certo, però, che, nel momento in cui c'è la possibilità di scegliere una «soluzione costituzionalmente adeguata, benché non obbligata»¹⁴⁰, tra più soluzioni tutte costituzionalmente legittime, vi è esercizio di una discrezionalità; discrezionalità che, soprattutto in una materia intimamente politica come quella penale, la Costituzione vorrebbe riservare al Parlamento. Di conseguenza, pare difficile negare che, pronunciandosi a «rime possibili», con opzioni normative anche collidenti con le attuali scelte di politica sanzionatoria ponderate - bene o male - dal Parlamento¹⁴¹, la Corte costituzionale *invada* la sfera di discrezionalità legislativa, svolgendo quella valutazione di natura politica di “secondo grado”, la cui competenza dovrebbe appartenere al solo Parlamento.

Ma tale *invasione* è da additare necessariamente come indebita?

¹³⁴ [Sent. n. 236 del 2016](#), cons. dir. 4.4.

¹³⁵ *Ibidem*, cons. dir. 4.5. Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato incostituzionale la cornice edittale (da cinque a quindici anni di reclusione) prevista per il reato di alterazione di stato nella formazione di un atto di nascita e l'ha sostituita con quella (da tre a dieci anni di reclusione) prevista medesimo articolo per il reato di alterazione di stato mediante la sostituzione di un neonato.

¹³⁶ *Ibidem*, cons. dir. 5.

¹³⁷ [Sent. n. 222 del 2018](#), cons. dir. 8.1. Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato incostituzionale la pena accessoria a misura fissa di dieci anni prevista per il reato di bancarotta fraudolenta e l'ha sostituita con la medesima pena accessoria a misura mobile, ossia fino a dieci anni, secondo una «logica, già presente e operante nel sistema» (*ibidem*, cons. dir. 8.4).

¹³⁸ [Sent. n. 233 del 2018](#), cons. dir. 3.1. Nel caso di specie, pur ritenendo non fondata la questione, la Corte ha preso in considerazione la possibile sostituzione della misura della multa prevista per il reato di contrabbando di tabacchi lavorati esteri, mediante la «puntuale indicazione, da parte del giudice *a quo*, di previsioni sanzionatorie rinvenibili nell'ordinamento che, trasposte all'interno della norma censurata, garantiscano coerenza alla logica perseguita dal legislatore» (*ibidem*, cons. dir. 3.2).

¹³⁹ [Sent. n. 236 del 2016](#), cons. dir. 4.4.

¹⁴⁰ [Sent. n. 40 del 2019](#), cons. dir. 4.2.

¹⁴¹ D. PULITANÒ, *Il giudice, il processo e la pena*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), fasc. 2/2017, 58. Ci si riferisce alla [sent. n. 40 del 2019](#): nel caso di specie, la Corte ha dichiarato incostituzionale la pena minima di otto anni di reclusione prevista per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto sostanze stupefacenti o psicotrope c.d. pesanti e l'ha sostituita con la pena minima di sei anni di reclusione, ricavandola «da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti» (*ivi*, cons. dir. 5.3); tale soluzione è apparsa di buon senso, ma nella sostanza ampiamente discrezionale: sarebbe stata più in linea con le opzioni legislative un minimo edittale di quattro anni di reclusioni, corrispondente al massimo della pena prevista per i fatti di lieve entità (R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, cit., 2575; A. MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cassazione penale*, fasc. 1/2020, 37).

Per ragionare su questo quesito, più che soffermarsi sulla ricostruzione logico-teorica posta alla base delle recenti decisioni della Consulta, sembra opportuno concentrarsi sul ruolo a essa affidato dalla Costituzione.

5.1. *La giustificazione formale.*

Dal punto di vista del rispetto della forma di governo all'interno della quale fu inserita la Corte costituzionale, descritta dagli artt. 70, 101, 134 e 136 (e 25 comma 2) della Costituzione, le «forme inusuali e persino abnormi» assunte dalla garanzia costituzionale appaiono problematicamente accettabili¹⁴². L'«alleanza fra pragmatismo giurisprudenziale ed elaborazione scientifica»¹⁴³ non ha consentito il superamento dei dubbi circa l'ammissibilità di pronunce manipolative a «rime obbligate», perché «se la norma è presente nel sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici) esplicitarla; se non c'è, spetta al legislatore (solo al legislatore) crearla»¹⁴⁴; perché «se si minimizza, come si [è fatto] sovente, il margine di invenzione (rime obbligate o obbligatissime), si resta nel gregario; se, invece, si crea davvero, si usurpano i poteri del legislatore e si cade nell'arbitrario»¹⁴⁵; perché la norma introdotta «deve essere in linea con l'ordinamento, ma il modo d'essere in linea è vario e, tra questa varietà, c'è possibilità di scelta»¹⁴⁶. A maggior ragione, l'ancoraggio della decisione alla presenza di «soluzioni già esistenti», che proprio per la loro pluralità e comune legittimità implicano una valutazione di merito da parte del soggetto che intende assumere una determinazione in materia, non appare sufficiente a giustificare una tale *invasione* di campo.

Non può di per se stesso sopperire alle problematiche derivanti dalle intromissioni che la Consulta compie nella sfera politica neanche il consueto richiamo - e auspicio¹⁴⁷ - alla possibilità che il legislatore intervenga nuovamente sulla materia, anche individuando, «nell'ambito della propria discrezionalità, altra - e in ipotesi più congrua - soluzione [...], purché rispettosa dei principi costituzionali»¹⁴⁸, o perfino difforme da quella introdotta dalla Corte, non avendo essa eseguito una scelta costituzionalmente vincolata¹⁴⁹.

Il fatto che la Corte sottolinei che è «salvo il libero esercizio [della discrezionalità legislativa] per il futuro»¹⁵⁰, non è da intendere come una «concessione» che essa fa al Parlamento, ma come il riconoscimento di un «limite estremo»¹⁵¹ costituito dall'essere il contenuto normativo della decisione costituzionale «cedevole»¹⁵², in quanto «applicabile in via transitoria fintanto che il legislatore non reputi opportuno mettere mano alla riforma legislativa che resta pur sempre nella sua discrezionalità attivare, nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo* [...] La soluzione suggerita dalla

¹⁴² A. RUGGERI, *Appunti per uno studio delle più salienti vicende della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 15.

¹⁴³ D. TEGA, *La Corte costituzionale nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 123.

¹⁴⁴ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 109.

¹⁴⁵ E. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, cit., 323.

¹⁴⁶ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 236.

¹⁴⁷ [Sent. n. 236 del 2016](#), cons. dir. 5.

¹⁴⁸ [Sent. n. 222 del 2018](#), cons. dir. 8.1.

¹⁴⁹ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 795-796.

¹⁵⁰ G. LATTANZI, *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2018*, 17.

¹⁵¹ A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., 166.

¹⁵² V. GIANNELLI, *Dalle rime obbligate al dispositivo "cedevole". Brevi note sugli ultimi approdi del sindacato costituzionale sulla proporzionalità delle sanzioni penali*, in [Federalismi.it](#), fasc. 15/2020, 91.

Corte [dovrebbe valere] solo a colmare transitoriamente il vuoto legislativo che altrimenti si produrrebbe»¹⁵³.

Lo *iussus* del giudice costituzionale dovrebbe essere, «più che il punto conclusivo di una certa vicenda, il punto intermedio di uno sviluppo normativo che trova compimento solo quando il legislatore lo conclude»¹⁵⁴. Ma il rischio - che oggi appare più reale che ipotetico - è quello di un irrigidimento del sistema, causato dall'impressione che la scelta operata dalla Consulta, pur non essendo a «rime obbligate», sia «costituzionalmente obbligata», perché (quasi) liberamente individuata dalla Corte come «soluzione corretta»¹⁵⁵.

Tale situazione, allora, - com'era già stato affermato a riguardo delle decisioni a «rime obbligate» - «perpetua l'inadempienza del legislatore e cristallizza una situazione di fatto dalla quale nessun stimolo è lanciato ad esso perché faccia fronte alle sue responsabilità politiche e costituzionali»¹⁵⁶. E ciò pone nel nulla quel tentativo della Consulta volto a incitare il Parlamento a esercitare nuovamente la discrezionalità politica, ricomponendo così il quadro dei ruoli e delle competenze come costituzionalmente previste.

La circostanza, però, che una ricostruzione concettuale e una giustificazione formale siano sì funzionali a «indorare la pillola»¹⁵⁷ ma non sufficienti a rendere ammissibile una funzione paralegislativa istituzionalmente non prevista non deve indurre a incolpare *tout court* la Corte costituzionale di assumere indebitamente decisioni fuori dai confini della mera legittimità.

5.2. La giustificazione sostanziale: il bilanciamento.

A ben guardare, considerando il profilo sostanziale della funzione della Corte costituzionale, ossia il ripristino dei valori costituzionali nei confronti di scelte illegittime compiute dall'organo legislativo, si osserva come essa sia costantemente chiamata a svolgere contemporaneamente due bilanciamenti¹⁵⁸: da un lato, vi è un bilanciamento tra i diversi principi costituzionali che nelle singole questioni di legittimità possono porsi in contrasto; dall'altro, vi è un bilanciamento tra il principio democratico - dunque, la salvaguardia della discrezionalità del Parlamento nell'esercizio del proprio ruolo legislativo - e il principio di supremazia della Costituzione - dunque, il pieno ed effettivo svolgersi del ruolo di garante del quadro costituzionale.

Se non si ammettesse la possibilità e, anzi, necessità di un simile bilanciamento, la Corte costituzionale sarebbe - come originariamente doveva essere - posta dinnanzi a due sole vie: quella che porta alla caducazione secca della disposizione (sentenza di accoglimento puro), ponendo in modo eccessivo la politica e lasciando privi di tutela, laddove il legislatore non intervenga prontamente, i valori costituzionali in gioco; ovvero quella che porta all'assoluzione della legge (sentenza di rigetto), ponendo eccessivamente al riparo da critiche le scelte politiche e, comunque, non tutelando i principi costituzionali¹⁵⁹.

¹⁵³ M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 14. In questo senso, P. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 805.

¹⁵⁴ G. LATTANZI, *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2018*, cit., 8.

¹⁵⁵ R. BARTOLI, *Dalle rime obbligate alla discrezionalità: consacrata la svolta*, cit., 2571.

¹⁵⁶ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 121; V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, cit., 9, parla di «deresponsabilizzazione delle politiche e, parallelamente, iper-responsabilizzazione della magistratura»

¹⁵⁷ A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., 164.

¹⁵⁸ Si riprende qui e nelle prossime pagine, F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, in *Diritto e società*, fasc. 4/2019, 801 ss.

¹⁵⁹ A. RUGGERI, *Corte costituzionale e organi di indirizzo politico*, in AA. VV., *La Corte costituzionale compie cinquant'anni*, in *Il Foro italiano*, vol. 129, n. 10, 2006, 317-318.

Come in ogni bilanciamento, la prevalenza di un elemento non deve significare il totale sacrificio dell'altro: il giudice costituzionale è attento a «“rientrare nei ranghi”, salvaguardando la specificità del proprio ruolo e di quello, altrettanto peculiare, degli altri poteri statali, anche per non fomentare, pur indirettamente, nuove e continue fughe di responsabilità del legislatore democratico e per impedire i possibili azzardi di una sorta di “saturazione giudiziaria” di ogni aspetto della vita sociale»¹⁶⁰.

A tale scopo, in prima battuta, la Corte, per non sacrificare la discrezionalità legislativa, si autolimita e non interviene, per l'inesistenza di «rime obbligate», riservando (e ricordando) al Parlamento il potere (e dovere) di scegliere una soluzione normativa tra diverse opzioni compatibili con il dettato costituzionale. In un secondo momento, però, laddove la questione torni alla sua attenzione, in seguito a un inascoltato monito rivolto al legislatore o all'infruttuosa scadenza di un termine a esso concesso, la Corte, al fine di non sacrificare la giustizia costituzionale, pronuncia sentenze additive o sostitutive a «rime possibili»¹⁶¹, così da sopperire al *vulnus* di legittimità non corretto dall'organo rappresentativo.

È il bilanciamento stesso ad apparire a «rime obbligate»¹⁶².

5.3. *L'incostituzionalità c.d. prospettata.*

Prima di cedere a tale “direzione obbligata”, come ulteriore tentativo di restituire al Parlamento il potere di «rispondere *per le rime*»¹⁶³, la Corte costituzionale ha recentemente sperimentato un nuovo modello decisorio, facendo uso dei «propri poteri di gestione del processo costituzionale»¹⁶⁴.

Come si è visto, davanti a una materia «suscettibile [...] di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali»¹⁶⁵, la Consulta è solita dichiarare «l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché [provveda] all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito [rimanga] senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale [...]. Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, 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. La 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. [Talvolta] un simile effetto non può considerarsi consentito [...], per le [...] peculiari caratteristiche [del caso] e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti. Onde evitare che la norma possa trovare, in parte *qua*, applicazione *medio tempore*, lasciando però, pur sempre, al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità [...] la Corte [ha ritenuto],

¹⁶⁰ R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, cit., 236.

¹⁶¹ S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione “a rime possibili”*, cit., 183.

¹⁶² *Contra*, E. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, cit., 323, per il quale negli interventi additivi il «maggior potenziale di scelta» della Corte si concentra nell'*an*.

¹⁶³ [Corsivo del testo originale] D. TEGA, *La Corte costituzionale nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 164.

¹⁶⁴ [Ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 11; [ord. n. 97 del 2021](#), cons. dir. 11.

¹⁶⁵ [Ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 10. Con questa ord. la Corte costituzionale sembra aver «elevato a modello decisorio il canone della separazione dei poteri» (C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3 dicembre 2018).

dunque, di dover provvedere in diverso modo, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale: ossia di disporre il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale [...], in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle [...] esigenze di tutela [segnalate dalla Consulta stessa]. Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio *a quo*. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella [...] pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte *qua* [...] Va dunque conclusivamente rilevato che, laddove [...] la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta e immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, [la] 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»¹⁶⁶.

Indipendentemente dalle critiche rivolte al nuovo *iter* interlocutorio - perché una tecnica decisoria non dovrebbe mai «esaurire la “ragione processuale” che a quella decisione si ricollega»¹⁶⁷; perché è stato fatto un uso atipico dell'istituto del rinvio, che non è generalmente utilizzato «al mero (e esplicito) scopo di “dare” e “prendere” tempo in relazione al *merito* della decisione d'assumere»¹⁶⁸; perché si imporrebbe un «dovere per [il legislatore] di intervenire a normare la materia, secondo le indicazioni della Corte»¹⁶⁹, la quale emanerebbe un'«ordinanza-delega», con tanto di indicazione di oggetto, principi, criteri direttivi, termine»¹⁷⁰ -, non vi è dubbio che «il successo della tecnica dell'ordinanza di “incostituzionalità prospettata” sarebbe anzitutto un successo per la funzione rappresentativa del legislatore, che andrebbe perduto se tale funzione non fosse in concreto esercitata»¹⁷¹. Purtroppo, almeno per ciò che riguarda le prime due sperimentazioni di tale nuova tipologia di rinvio¹⁷² - e a maggio del prossimo anno si avrà il verdetto sui risvolti del terzo impiego¹⁷³ -, la Consulta ha dovuto prendere «atto di come nessuna

¹⁶⁶ [Ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 11.

¹⁶⁷ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* cit., 531.

¹⁶⁸ [Corsivo del testo originale] *Ibidem*, 545.

¹⁶⁹ M. BIGNAMI, *il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ord. ad incostituzionali differita*, in [Questione Giustizia](#), 19 novembre 2018.

¹⁷⁰ 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 *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6/2018, 2476. 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](#), 27 novembre 2019, parla di «ord.-legge».

¹⁷¹ G. LATTANZI, *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, cit, 13.

¹⁷² [Sent. n. 242 del 2019](#), successiva all'[ord. n. 207 del 2018](#) (concernente il reato di aiuto al suicidio: la Corte ha dichiarato parzialmente incostituzionale l'articolo 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude dall'area del penalmente rilevante i casi nei quali l'aiuto riguarda una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di intollerabili sofferenze fisiche o psicologiche, ma che resta pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli), e [sent. n. 150 del 2021](#), successiva all'[ord. n. 132 del 2020](#) (concernente il reato di diffamazione a mezzo di stampa: la Corte ha dichiarato incostituzionale l'articolo 13 della legge sulla stampa n. 47 del 1948, che fa scattare obbligatoriamente, in caso di condanna per diffamazione a mezzo stampa compiuta mediante l'attribuzione di un fatto determinato, la reclusione da uno a sei anni insieme al pagamento di una multa; ha ritenuto, invece, compatibile con la Costituzione il terzo comma dell'articolo 595 del codice penale).

¹⁷³ Si attende la decisione successiva all'[ord. n. 97 del 2021](#) (concernente l'ergastolo ostativo: la Corte si pronuncerà sulla legittimità delle attuali norme - le quali potrebbero nel frattempo essere modificate dal Parlamento - che escludono dall'ammissione alla liberazione condizionale il condannato per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui

normativa in materia [fosse] sopravvenuta nelle more della nuova udienza» e di come «l'intervento del legislatore [non risultasse comunque] imminente»¹⁷⁴. Il giudice costituzionale ha, così, ritenuto, «in assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, [...] [di non poter] ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato»¹⁷⁵.

5.4. La «leale collaborazione».

La giurisprudenza costituzionale vorrebbe svolgersi «in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale»¹⁷⁶, ma sembra ormai doversi prendere coscienza del fatto che la «collaborazione istituzionale» tra la Corte e il Parlamento potrà essere «leale», nel rispetto delle prerogative di ciascun potere e nella ricerca da parte della prima di un dialogo con il secondo, ma difficilmente potrà essere «dialettica», presupponendo tale caratteristica la volontà di entrambe le parti di interagire, emettendo, la Consulta, pronunce indirizzanti il legislatore ad adottare decisioni costituzionalmente «corrette» ed emanando, il Parlamento, discipline sulla base di suddetti moniti, le quali saranno poi, eventualmente, oggetto di giudizio da parte della prima, e così via.

La Corte, al fine di garantire in ogni caso la giustizia costituzionale, finisce per riconoscere che il delicato bilanciamento degli interessi in gioco e, dunque, la concretizzazione dei principi costituzionali spetti sì in primo luogo al legislatore¹⁷⁷, ma sussidiariamente, in caso di necessità, a essa stessa.

Dunque, il tentativo di «cooperazione» in ambito penale è così riassumibile: laddove gli effetti conseguenti alla decisione manipolativa siano *in bonam partem*, la Corte si pronuncia non più solo a «rime obbligate», ma anche a «rime possibili», tuttavia solo dopo aver preso atto di una mancata risposta legislativa a un proprio monito contenuto in una sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata ovvero in seguito a un'ordinanza di incostituzionalità prospettata; laddove, invece, gli effetti conseguenti alla decisione manipolativa siano *in malam partem*, la Corte incide solamente sulle norme che «sottraggono», non su quelle che «delimitano», in tutto o in parte, l'applicazione di una fattispecie penale e nei termini in cui l'addizione o la sostituzione sia a «rime obbligate».

Si rimane in attesa di ulteriori sviluppi giurisprudenziali, che, nell'attuale contesto, difficilmente potranno essere qualificati come «inattesi»¹⁷⁸.

6. Una tutela di emergenza.

La Corte costituzionale non si è trasformata in un «legislatore positivo», sebbene, a causa dell'inerzia del Parlamento, talvolta debba comportarsi «come se (*als ob*) lo fosse»¹⁷⁹, al fine di fungere da «valvola di sicurezza»¹⁸⁰ dinnanzi alle indebite e inammissibili mancanze patologiche dell'organo deputato all'*attuazione della Costituzione*. E ciò soprattutto in una materia sensibile

all'articolo 416 *bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste che non abbia collaborato con la giustizia).

¹⁷⁴ [Sent. n. 242 del 2019](#), cons. dir. 3.

¹⁷⁵ *Ibidem*, cons. dir. 4.

¹⁷⁶ [Ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 11.

¹⁷⁷ [Ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 10; [ord. n. 132 del 2020](#), cons. dir. 8; [ord. n. 97 del 2021](#), cons. dir. 11.

¹⁷⁸ E. DE NICOLA, [Discorso pronunciato dal Presidente Enrico de Nicola alla presenza del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi nella udienza inaugurale del 23 aprile 1956](#), 2.

¹⁷⁹ A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., 167.

¹⁸⁰ E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, cit., 126.

come quella penale, nell'ambito della quale non risulta accettabile né la presenza di profili di incostituzionalità accertati ma non dichiarati né tantomeno il crearsi di vuoti normativi di tutela susseguenti a una pronuncia di mera illegittimità. L'articolo 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87 dovrebbe essere così riletto: *il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, fintanto che il rispetto di tale "valore"*¹⁸¹ *non implichi un'inattuazione della Costituzione, con totale sacrificio della giustizia costituzionale.*

Solo così l'*invadenza* del giudice delle leggi può apparire come «un modo intrinseco e corretto, del potere di svolgere il sindacato di costituzionalità»¹⁸² in situazioni di *emergenza*¹⁸³. Se un'interferenza nella sfera di competenza del Parlamento c'è, questa è «fisiologica»¹⁸⁴; o meglio, è «fisiologica» avendo riguardo al ruolo della Corte, ma «patologica» dal punto di vista del corretto funzionamento della forma di governo, che proprio mediante il conflitto tra maggioranza e opposizione dovrebbe attuare la Costituzione. «La funzione quasi-legislativa della Corte corrisponde ad una congiuntura istituzionale dai caratteri molto instabili»¹⁸⁵ e il rischio è che all'aumentare dell'opacità del quadro istituzionale cresca la necessità di interventi *emergenziali* della Corte, che a lungo andare porterebbero la funzione normativa in una «situazione d'eccezione... permanente»¹⁸⁶.

Il *judicial activism* è, in fin dei conti, da considerare una *culpa felix* della Corte costituzionale, la quale, più che essersi trasformata in una «sorta di "terza camera"»¹⁸⁷ o addirittura «unica camera dei diritti fondamentali»¹⁸⁸, funge da «sede nuova, ulteriore di mediazione» degli interessi costituzionalmente protetti, laddove la sede istituzionalmente competente risulti inceppata¹⁸⁹.

«Rendere giustizia costituzionale significa contribuire, anche in misura minima e marginale, a inverare la Costituzione nell'ordinamento»¹⁹⁰. Allo stato, non risulta che la funzione di *legislatore d'emergenza* assunta dal giudice delle leggi stia causando una «complessiva torsione della forma di governo parlamentare»¹⁹¹. Il «compito naturale»¹⁹² della Corte, quale garante dei diritti, dei principi

¹⁸¹ A proposito della «discrezionalità del legislatore» appare opportuno discorrere, più che di "limite", di "valore", che deve essere bilanciato con un altro "valore", ossia la garanzia dei principi e dei diritti previsti dalla Costituzione (F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, cit., 802, parla di «valore-principio di produzione normativa affidata principalmente ai soggetti dotati di potestà legislativa»). Difatti, se con il termine "limite" - seppure «relativo» (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*, cit., 650) - si intende qualcosa di esterno e terzo che circoscrive l'espletamento di una funzione, la discrezionalità del Parlamento non è mai stata un limite in senso proprio all'esercizio del sindacato di legittimità costituzionale: è la Consulta, dall'interno, a definire e scalfire i margini della discrezionalità legislativa.

¹⁸² F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, cit., 796.

¹⁸³ A. RUGGERI, *Appunti per uno studio delle più salienti vicende della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 15.

¹⁸⁴ A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, cit., 124.

¹⁸⁵ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, 340.

¹⁸⁶ [Corsivo del testo originale] A. RUGGERI, [Stato costituzionale e Stato d'eccezione, nella più recente esperienza italiana: dall'alternativa alla mutua integrazione?](#) in questa [Rivista, Studi 2014](#) (14 ottobre 2014).

¹⁸⁷ Come prospettato da R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., 2575, e asserito da A. SPADARO, *Sull'intrinseca "politicalità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, cit., 15.

¹⁸⁸ Come ipotizzato con tono preoccupato sempre da R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi e il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali? In il foro italiano*, vol. 145, n. 9, 2565.

¹⁸⁹ In questo senso, E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, cit., 123 ss.

¹⁹⁰ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), fasc. 4/2020, 36.

¹⁹¹ Ravvede, invece, una tale «torsione» A. RUGGERI, [Stato costituzionale e Stato d'eccezione, nella più recente esperienza italiana: dall'alternativa alla mutua integrazione?](#), cit., il quale la ricollega a «talune esasperate espressioni

e dei valori costituzionali, non è mutato: tale compito era e continua a essere quello di «verificare *ex post*, su sollecitazione dei giudici comuni, la compatibilità delle scelte compiute dal legislatore con la Costituzione»¹⁹³. È mutato il contesto entro il quale tale compito è svolto; contesto oggi caratterizzato da una sovente mancata attuazione della Carta costituzionale da parte del potere legislativo, anche nel senso evolutivo talvolta imposto dal diritto dell'Unione europea o dal diritto convenzionale ovvero dallo sviluppo della scienza e della società. Affinché la funzione di garanzia costituzionale, posta alla base della rigidità della nostra Costituzione, non perda la propria identità, degradando a mera ricognizione di situazioni illegittime, è necessario che il modello “naturale” si adatti alle situazioni di *emergenza politica*, consentendo alla Consulta di attuare - in attesa di un auspicato intervento del legislatore - la Costituzione, eliminando illegittimi stalli normativi.

di attivismo, peraltro crescente, di entrambi gli organi supremi di garanzia; un attivismo di cui, ad onor del vero, anche in passato si è avuto riscontro ma non, appunto, nelle forme e con l'intensità di oggi».

¹⁹² [Ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 10; [ord. n. 132 del 2020](#), cons. dir. 8; [ord. n. 97 del 2021](#), cons. dir. 11.

¹⁹³ [Ord. n. 132 del 2020](#), cons. dir. 8; nello stesso senso, [ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 10: «verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti»); [ord. n. 97 del 2021](#), cons. dir. 11: «verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte»).

Cristina De Luca

La Corte costituzionale torna sulle “rime possibili”: un’insolita pronuncia di mero accoglimento per caducare una sanzione amministrativa fissa (osservazioni a margine della [sent. n. 185 del 2021](#))*

ABSTRACT: *The paper examines the decision no. 185/2021 of the Italian Constitutional Court which declares the unconstitutionality of a fixed administrative penalty imposed on licensed gambling operators and owners of gambling rooms for breaching the duty to provide information on the risks of compulsive gambling, leaving the Legislator to establish a new penalty that complies with the Constitution, with relevant minimum and maximum thresholds. The paper focuses on the choice made by the Court to adopt, in this case, a declaration of unconstitutionality, despite the resulting gap in regulation. The Court explains when it has to use manipulative decisions and when, instead, it can also use a “simple” declaration of unconstitutionality, like in this case, by differentiating “unsustainable” and “sustainable” gaps in protection. Finally, the paper observes how the decision fits perfectly into the increasingly loose and proactive attitude of the Constitutional Judge in the current institutional season.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’oggetto della sentenza: l’illegittimità costituzionale di una sanzione amministrativa fissa in tema di contrasto alla ludopatia. – 3. Una pronuncia di mero accoglimento in materia di dosimetria sanzionatoria: nuove precisazioni in tema di sentenze a “rime possibili”. – 4. La tollerabilità di taluni vuoti di tutela: un problematico giudizio dai confini incerti. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

La [sentenza n. 185 del 2021](#) ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 7, comma 6, secondo periodo, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158 (Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute), convertito, con modificazioni, nella legge 8 novembre 2012, n. 189, caducando la norma che imponeva la sanzione amministrativa fissa di 50.000 euro a carico di concessionari del gioco e titolari di sale giochi e scommesse, per la violazione degli obblighi di avvertimento sui rischi di dipendenza dal gioco d’azzardo, ad essi imposti dal comma 5 del medesimo articolo.

La Corte giunge alla dichiarazione di illegittimità in quanto la norma censurata colpiva severamente e indistintamente l’inosservanza di obblighi di condotta diversi, impedendo, all’amministrazione prima e al giudice poi, di graduare la risposta sanzionatoria statale alla diversa gravità che potevano assumere in concreto gli illeciti compiuti. Difatti, sanzioni amministrative rigide e di rilevante incidenza sui diritti dell’interessato, per ipotesi di gravità marcatamente diversa, o comunque suscettibili di condurre, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori palesemente eccedenti il limite della proporzionalità rispetto all’illecito commesso, sono da ritenersi costituzionalmente illegittime per violazione dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità, nel caso di specie desumibili dall’art. 3 Cost., in combinato disposto con gli artt. 42 e 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 1 Prot. addiz. CEDU¹.

La pronuncia in esame adotta quindi, in questo caso, un dispositivo meramente ablativo, pienamente rientrante nell’alveo di quanto positivamente consentito al Giudice delle leggi nel sindacato di legittimità costituzionale, rimanendo così anzi quest’ultimo nel ruolo di semplice “legislatore negativo”.

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

Ciò nonostante, l'ambito in cui questa decisione interviene, le conseguenze che essa comporta, come anche il percorso argomentativo impiegato dalla Corte per giustificarla, rendono comunque la pronuncia meritevole di qualche attenzione. Nelle brevi osservazioni che seguiranno ci si concentrerà quindi non tanto sui profili di merito della decisione², quanto sul ragionamento sviluppato in questa occasione dalla Consulta.

2. *L'oggetto della sentenza: l'illegittimità costituzionale di una sanzione amministrativa fissa in tema di contrasto alla ludopatia*

Come anticipato, si tratta di una decisione intervenuta all'esito di un giudizio in materia di dosimetria sanzionatoria, in cui la Corte, riscontrato un *vulnus* costituzionale arrecato dal trattamento sanzionatorio vagliato, ha ritenuto di poter semplicemente eliminare la previsione viziata, senza curarsi della carenza di disciplina così causata dal proprio intervento.

All'accoglimento della questione di legittimità costituzionale è quindi conseguito, di fatto, un desanzionamento delle violazioni degli obblighi informativi sui rischi di cadere nella dipendenza, previsti dal legislatore a carico dei concessionari del gioco e dei titolari delle sale, nell'ambito di un articolato quadro di misure intese a contrastare il sempre più allarmante fenomeno della ludopatia³. Premettendo che la gravosità del vuoto normativo creato dalla eliminazione *tout court* della sanzione era stata rilevata anche dall'Avvocatura Generale dello Stato⁴ e che questa è una preoccupazione cui la Consulta è normalmente, e ancor di più negli ultimi anni, particolarmente sensibile, pare a questo punto opportuno ricostruire il ragionamento che nondimeno ha portato la Corte a una decisione così risoluta.

L'*iter* argomentativo sviluppato nella decisione parte dalla considerazione che «in linea di principio, per risalente rilievo di questa Corte, non può essere ritenuta “preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina [...] che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti”»⁵. D'altra parte, spetta «– laddove ne ricorrano le condizioni – ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione, e, comunque sia, al legislatore provvedere a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che – in conseguenza della decisione stessa –

² Per un'analisi anche sul merito della questione e, in particolare, per riflessioni sul sindacato costituzionale in tema di proporzionalità delle sanzioni amministrative, v. L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in [Sistema Penale](#), 4 ottobre 2021.

³ Cfr. punto 2 del *Considerato in diritto*, dove la Corte fa un breve *excursus* delle misure adottate dal legislatore per contrastare il diffondersi della dipendenza da gioco d'azzardo.

⁴ Più precisamente, l'Avvocatura Generale dello Stato aveva eccepito l'inammissibilità della questione sul rilievo che il giudice *a quo* si era limitato a denunciare l'illegittimità costituzionale della norma censurata, senza tuttavia indicare se e in che modo potesse essere colmata la lacuna creata dalla sua ablazione, con il risultato che, ove le questioni fossero state accolte, comportamenti di incontestabile gravità, quali quelli considerati, incidenti sulla tutela del fondamentale diritto alla salute, sarebbero rimasti privi di qualsiasi sanzione. «Verrebbe pertanto a crearsi, “inammissibilmente”, un vuoto normativo, non colmabile – in attesa di una nuova previsione legislativa – da altra disposizione vigente se non attraverso l'intervento additivo [di questa] Corte: intervento da ritenere, però, non consentito»; v. punto 3 *Considerato in diritto*.

⁵ Punto 3 del *Considerato in diritto*: al proposito, la Corte richiama le sentt. [n. 59 del 1958](#) e [n. 242 del 2019](#). Quest'ultima pronuncia, come noto, è la sentenza sul c.d. caso Cappato in cui la Corte invero, a una simile asserzione di principio, ha fatto seguire un dispositivo ampiamente manipolativo, proprio per impedire che si creassero vuoti di disciplina a seguito della dichiarazione di incostituzionalità. La sentenza del 1958 riguardava, invece, una normativa in materia di esercizio di culti acattolici, in cui in effetti la Corte, respingendo l'eccezione sollevata dall'Avvocatura, considerato come in ogni caso nella fattispecie vagliata non si rischiasse effettivamente il crearsi di un vuoto normativo, affermava per l'appunto quanto riportato *supra* nel testo, e osservava che spettava comunque «alla saggezza del legislatore, sensibile all'impulso che naturalmente proviene dalle sentenze di questa Corte, di eliminar[e la carenza di disciplina eventualmente causate] nel modo più sollecito ed opportuno». Si tratta in ogni caso, come è evidente, di un precedente molto risalente nel tempo.

apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione»⁶. Altresì, questo principio sarebbe riferibile, in linea di massima, anche ai casi in cui ad essere scrutinata sia una norma sanzionatoria e le censure investano l'entità o la strutturazione del trattamento punitivo, come sarebbe invero dimostrato da alcune risalenti decisioni in cui la Corte, nel dichiarare costituzionalmente illegittima una disposizione penale in ragione della sua cornice edittale, «non esitò, in effetti, a rimuovere puramente e semplicemente la norma sottoposta a scrutinio, lasciando al legislatore il compito di rimodulare la sanzione in accordo con i principi costituzionali»⁷.

Enunciato questo principio, la Corte precisa quindi che «l'esigenza di far ricorso a una pronuncia di tipo manipolativo, che sostituisca la sanzione censurata con altra conforme a Costituzione, si pone imprescindibilmente solo allorché la lacuna di punibilità che conseguirebbe a una pronuncia ablativa, non colmabile tramite l'espansione di previsioni sanzionatorie coesistenti, si riveli foriera di «insostenibili vuoti di tutela» per gli interessi protetti dalla norma incisa»⁸. Ciò avverrebbe, ad esempio, nel caso in cui alla mera caducazione conseguisse «una menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali». In ipotesi del genere, difatti, il vuoto normativo causato non sarebbe neppure temporaneamente tollerabile. D'altronde, anche qualora vi fosse effettivamente una reazione tempestiva da parte del legislatore volta a colmare la lacuna creatasi, la novazione comunque, stante l'inderogabile principio di irretroattività della norma sfavorevole in materia punitiva, opererebbe solo per il futuro, non producendo alcun effetto sui fatti pregressi, i quali, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale, diverrebbero automaticamente e definitivamente privi di ogni rilievo penale, persino in presenza di una sentenza irrevocabile di condanna, i cui effetti verrebbero a cessare⁹: disciplina, questa, da ritenere riferibile anche ai fatti colpiti con sanzioni amministrative a carattere punitivo¹⁰.

È solo in tali casi quindi che, a dire della Corte, «la rimozione del *vulnus* costituzionale resta necessariamente condizionata all'individuazione di soluzioni sanzionatorie che – *nel rispetto dei limiti ai poteri di questa Corte, che escludono interventi di tipo “creativo”* – possano sostituirsi a quella censurata». Soluzioni che, secondo i più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale, «ispirata dall'esigenza di evitare la creazione di “zone franche” intangibili dal controllo di legittimità costituzionale», sarebbero rinvenibili anche al di fuori del tradizionale schema delle “rime obbligate”, facendo leva su precisi punti di riferimento offerti dal sistema normativo vigente, anche alternativi tra loro, salvo naturalmente un sempre possibile intervento legislativo di segno differente, purché in linea con la Costituzione.

⁶ La Corte riprende questo passo dalla [sent. n. 113 del 2011](#) (punto 8), che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione delle sentenze penali di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo quando ciò fosse necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. D'altra parte, in tale decisione la riflessione sul compito spettante a giudici e legislatore di dar seguito alle pronunce di incostituzionalità non ha accompagnato una decisione meramente ablativa; come è anzi evidente, si tratta di un dispositivo additivo ampiamente manipolativo che ha introdotto un istituto prima inesistente nel nostro ordinamento in quanto ritenuto costituzionalmente necessario per rispettare l'art. 46 della CEDU. Anche in tal caso, quindi, la sentenza richiamata non può considerarsi un effettivo precedente. Si tratta più che altro di una semplice citazione di un passo specifico di un'altra decisione.

⁷ Il riferimento è alle [sentt. n. 218 del 1974](#) e n. [176 del 1976](#) in materia di caccia; a ben vedere, queste sentenze, pur avendo realizzato un *abolitio criminis*, non sono pienamente assimilabili al caso in esame. La prima ha censurato l'omologazione, nel medesimo trattamento sanzionatorio, di violazioni di gravità palesemente diversa, desanzionando quindi la sola fattispecie meno grave; la seconda ha depenalizzato una fattispecie prevista come delitto volta a prevenire l'inosservanza di certi divieti, in quanto, anche a seguito di novazioni legislative, proprio la violazione di questi ultimi era sanzionata come mero illecito amministrativo. Nel caso in esame, come si dirà nel proseguito, la caducazione ha invece effetti decisamente più dirimpenti e meno “chirurgici”.

⁸ La pronuncia richiama sul punto la [sent. n. 222 del 2018](#), archetipo della c.d. teoria delle “rime possibili”.

⁹ *Ex art. 30*, comma 4, l. 11 marzo 1953, n. 87.

¹⁰ Cfr. [sent. n. 68 del 2021](#).

Nondimeno, la fattispecie oggetto del giudizio in questione non rientrerebbe in questa categoria. Se infatti la tutela della salute, nella cui cornice si inscrivono le misure intese a contrastare il gioco d'azzardo patologico¹¹, è obiettivo di sicuro rilievo costituzionale e i precetti sanzionati dalla norma censurata sono in grado di svolgere un ruolo indubbiamente apprezzabile in questo contesto, si tratterebbe pur sempre di condotte sensibilmente antecedenti la concreta offesa all'interesse protetto, discutendosi di inosservanze rispetto a obblighi informativi, o di "richiamo dell'attenzione", a carattere preventivo, diretti a soggetti che già praticano, o comunque intenzionati a praticare, forme di gioco consentite dalla legge sulle possibili derive patologiche di tale pratica, fidando che ciò giovi a dissuaderli dagli abusi. «Il deficit di tutela conseguente all'ablazione della norma denunciata *non attinge, dunque, a quei livelli che rendono indispensabile la ricerca* – e l'indicazione, da parte del giudice rimettente ([sentenze n. 115 del 2019](#) e [n. 233 del 2018](#)) – *di soluzioni sanzionatorie alternative, costituzionalmente adeguate*, suscettibili di essere sostituite, ad opera di questa Corte, a quella sospettata di illegittimità costituzionale, in attesa di un intervento legislativo».

Dopo tali preliminari considerazioni sull'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale la Consulta passa quindi ad accertare l'incostituzionalità della norma censurata, per poi rilevare come effettivamente nel sistema vigente non sarebbero rinvenibili soluzioni sanzionatorie che, in ragione dell'assimilabilità delle condotte sanzionate, possano fornire un criterio in grado di guidare la Corte nell'adottare una sentenza sostitutiva¹². Tuttavia, come detto, ciò non rappresenta un ostacolo alla declaratoria di illegittimità costituzionale, che semplicemente avrà un contenuto meramente ablativo, spettando al legislatore determinare, nel rispetto dei principi costituzionali, una diversa sanzione per i comportamenti considerati, stabilendone i relativi limiti minimo e massimo.

3. Una pronuncia di mero accoglimento in materia di dosimetria sanzionatoria: nuove precisazioni in tema di sentenze a "rime possibili"

La ricostruzione offerta dalla Corte è peraltro piuttosto interessante laddove si consideri la tipologia di giudizio nel quale è intervenuta e la si raffronti con le tendenze della più recente giurisprudenza costituzionale.

Come sopra riportato, la Corte parte dalla considerazione che «in linea di principio» le carenze di disciplina che potrebbero derivare dalle proprie pronunce non possono essere ritenute preclusive della declaratoria di illegittimità costituzionale: normalmente difatti non spetterebbe alla Corte preoccuparsi dei riflessi ordinamentali causati dalle proprie decisioni, essendo questo piuttosto compito dei giudici e del legislatore. E ciò varrebbe anche, in linea di massima, nel sindacato sulla dosimetria sanzionatoria.

Già questo assunto è idoneo a stimolare qualche riflessione, se si considera come la recente giurisprudenza costituzionale lasci spesso trasparire la convinzione che sia invece, per l'appunto, nei poteri e nelle responsabilità della Corte farsi carico delle conseguenze sistemiche causate dai propri interventi, finanche supplendo all'inefficienza o alle impossibilità degli altri poteri dello Stato¹³.

¹¹ Sono in proposito richiamate le [sentt. n. 27 del 2019](#), [n. 108 del 2017](#) e [n. 300 del 2011](#).

¹² V. punto 7 del *Considerato in diritto*, dove anche si osserva che: «In particolare, non soccorre la soluzione – che pure sembra ipotizzata dall'ordinanza di rimessione – di sostituire, alla sanzione colpita dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, quella prevista nei confronti di chi consenta la partecipazione al gioco a minori di anni diciotto: all'evidenza, le fattispecie non sono assimilabili, stante l'eterogeneità delle condotte punite. Per la violazione ora indicata sono d'altro canto previste, in aggiunta alla sanzione amministrativa pecuniaria, di minor importo e graduabile (da cinquemila a ventimila euro), sanzioni accessorie di significativo spessore (chiusura temporanea dell'esercizio, del locale o del punto di offerta; in determinati casi di recidiva, revoca delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative), la cui estensione ai comportamenti che qui interessano sarebbe contraria allo stesso "verso" delle questioni e certamente estranea, comunque sia, alle competenze di questa Corte».

¹³ Diverse sono le decisioni degli ultimi anni in cui la Corte ha ritenuto espressamente di doversi far carico delle conseguenze discendenti dalle proprie decisioni: recente esempio è la [sent. n. 41 del 2021](#) in cui è stata differita la caducazione delle norme vagliate al 2025 per evitare il prodursi, nell'immediato, di un grave pregiudizio all'amministrazione della giustizia; v. R. PINARDI, [Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla](#)

Anzi, proprio la crescente pervasività delle decisioni assunte dalla Consulta è stata oggetto di aspre critiche ad opera di una parte non marginale della dottrina¹⁴.

La decisione in questione sembrerebbe invece, sotto questo profilo, dimostrare una maggiore consapevolezza della Corte circa la natura del proprio ruolo di semplice epuratrice dell'ordinamento da previsioni normative costituzionalmente illegittime, come anche dei compiti diversamente spettanti al legislatore e ai giudici, il cui apporto collaborativo, in particolare davanti a questioni di "incostituzionalità complessa", dovrebbe essere finalizzato a garantire una meno traumatica reazione dell'ordinamento alla decisione caducatoria. Invero, una simile lettura della propria posizione nell'assetto istituzionale sembra rispondere maggiormente a quello che era il disegno dei Costituenti che, come è noto, concepirono la Corte come una giurisdizione di mero annullamento, cui quindi sarebbe dovuto spettare essenzialmente il compito di eliminare quanto ritenuto incostituzionale. La decisione di accoglimento era difatti stata prefigurata come l'*incipit* della risoluzione del problema di costituzionalità, non come sua chiusura. In questa prospettiva, il Giudice delle leggi avrebbe dovuto semplicemente, «[...] a seconda di ciò che occorre per sopperire al vuoto creato [dalla pronuncia di

stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021), in questa *Rivista, Studi 2021/I*, 288 ss., come anche da V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2 del 2021, 130 ss. Si permetta anche di richiamare C. DE LUCA, *Una decisione su misura: un nuovo espediente della Consulta per temperare la portata demolitoria delle proprie sentenze di accoglimento. (Osservazioni a margine della sent. n. 41 del 2021 in tema di presenza di giudici ausiliari nei collegi di Corte di appello)*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 3 del 2021, 79 ss. Sempre in materia di modulazione dell'efficacia diacronica delle decisioni di accoglimento, al fine di temperarne la portata demolitoria, emblematica poi è la criticatissima *sent. n. 10 del 2015*, intervenuta sulla legittimità costituzionale della c.d. *Robin Tax*; sul peso assunto nell'economia di questa decisione dalla valutazione dell'incidenza che i suoi effetti avrebbero prodotto sul contesto finanziario pubblico v., tra i molti, L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 23 aprile 2015, 2, come anche R. PINARDI, *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d'incostituzionalità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 aprile 2015, 1 ss. In termini più favorevoli alla decisione assunta v. D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in questa *Rivista, Studi, 2016/I*, 194 ss., part. 212. Altro chiaro esempio della tendenza in parola può essere altresì visto nella *sent. n. 246 del 2019*; su tale pronuncia v. R. PINARDI, *Incostituzionalità «sopravvenuta» vs. manipolazione degli effetti: alcune precisazioni terminologiche e concettuali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1 del 2020, 71 ss. e G. AVERSENTE, *La sentenza n. 246 del 2019: conferme e novità sul governo degli effetti temporali nel giudizio in via principale (e non solo)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2 del 2020, 329 ss., come anche nella *sent. n. 152 del 2020*. L'esplicita attenzione della Consulta all'impatto delle proprie pronunce è ancora dimostrata da altri recenti orientamenti quale anzitutto il recente aperto superamento della c.d. teoria delle rime obbligate a partire dalla *sent. n. 222 del 2018* (cui hanno fatto seguito numerose altre pronunce); si tratta di una innovazione giurisprudenziale ampiamente commentata in dottrina: tra i diversi contributi, v. D. TEGA, *La corte nel contesto, Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 102 ss., che ne propone una chiara ed estesa ricostruzione, enfatizzandone l'appartenenza alla presente stagione attraversata dalla Corte. Non meno significativa, poi, si è rivelata l'elaborazione della tecnica dell'ordinanza di illegittimità costituzionale accertata ma non dichiarata con rinvio della decisione a una data fissata, inaugurata con la decisione sul caso Cappato (*ord. n. 207 del 2018* cui ha fatto seguito la *sentenza n. 242 del 2019*); tale modello è stato ripreso poi dall'*ord. n. 132 del 2020*, cui è seguita la *sent. n. 150 del 2021*, e dall'*ord. n. 97 del 2021* sull'ergastolo ostativo; anche su tale tecnica i commenti sono numerosissimi: tenendo conto del profilo qui evidenziato, v. almeno R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, III, Nuovi scenari per la giustizia costituzionale*, Consulta OnLine, Genova, 2020, 169; 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 del 2019, 644 ss.; C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 7 giugno 2019; P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista, Studi 2019/II*, 370 ss.; A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in questa *Rivista, Studi 2021/II*, 348 ss.; nonché gli scritti raccolti in F.S. Marini e C. Cupelli (curr.), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019.

¹⁴ In particolare, si v. le penetranti osservazioni critiche espresse in A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2 del 2019, 264 ss., cui ha fatto seguito il saggio A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 12 del 2021, 170 ss.

accoglimento], mettere in moto il processo interpretativo o il processo creativo delle leggi, non sostituirsi ad essi. [...] La risoluzione di casi, per così dire, di incostituzionalità complessa [avrebbe dovuto comportare] perciò l'apertura di un dialogo tra istituzioni, poiché la giurisdizione costituzionale non ha, di per sé, gli strumenti sufficienti allo scopo»¹⁵.

Ebbene, è proprio in una simile ottica che viene a collocarsi la decisione in parola, la quale si limita in effetti ad aprire il processo correttivo, rimettendosi per il resto alla volontà del legislatore.

A fronte di quanto appena osservato, tuttavia, non può farsi a meno di notare che, seppure non in materia penale, il sindacato verteva pur sempre sulla dosimetria sanzionatoria, ossia proprio in quell'ambito nel quale ha trovato recentemente origine la rivoluzionaria giurisprudenza delle "rime possibili", tanto discussa in dottrina e richiamata nella stessa pronuncia qui esaminata¹⁶.

Come è noto, in virtù di quest'ultimo *revirement*, la Consulta ha iniziato ad impiegare sentenze manipolative anche fuori dal tradizionale schema delle "rime obbligate"¹⁷, ricorrendo a «precisi punti di riferimento» offerti dal sistema normativo vigente, anche alternativi tra loro, pur di sostituire trattamenti sanzionatori viziati, senza creare al contempo lacune normative con il proprio intervento. Diversamente, in precedenza e per lungo tempo, in situazioni del genere l'operato della Corte si arrestava davanti all'impossibilità, anche qualora fosse stato accertato un *vulnus* costituzionale determinato dalla norma censurata, di rimediarsi, dato l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto al legislatore in materia di politica criminale.

A un atteggiamento improntato a un rigido *self-restraint* ed a un rigoroso rispetto delle attribuzioni riservate al Parlamento ha quindi fatto seguito, negli ultimi anni, un maggiore interventismo della Corte, non più propensa ad arrestare la sua azione proprio là dove vengono in rilievo i «diritti fondamentali» della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica¹⁸.

Come visto, però, la sentenza in parola, si distacca da entrambe le prospettive richiamate. Davanti, infatti, al riscontro di un vizio di legittimità costituzionale, la Corte, pur non rinvenendo

¹⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 260 ss.

¹⁶ Sono ormai molte le pronunce appartenenti a questo nuovo orientamento, anche in ambiti diversi dal sindacato sulla dosimetria sanzionatoria. Alla [sent. n. 222 del 2018](#) hanno difatti fatto seguito, senza pretese di esaustività, le sent. nn. [233 del 2018](#), [40 del 2019](#), [99 del 2019](#), [242 del 2019](#), [113 del 2020](#), [152 del 2020](#), [224 del 2020](#), [252 del 2020](#), [48 del 2021](#), [63 del 2021](#), [120 del 2021](#) e [157 del 2021](#).

Molti sono i commenti critici a tale indirizzo: v. ad esempio A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., 265 ss.; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in [Federalismi.it](#), n. 12 del 2021, 242 ss.; G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, III, Nuovi scenari per la giustizia costituzionale*, Consulta OnLine, Genova, 2020, 153; S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, in *Quad. cost.*, n. 1 del 2019, 183 ss.; 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*, cit., 650; A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in [Rivista AIC](#), n. 4 del 2019, 164 ss., nel paragrafo significativamente intitolato "Esempi di un uso probabilmente temerario del judicial activism"; R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettive una terza via*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), n. 2 del 2019, 139 ss.; V. GIANNELLI, *Dalle rime obbligate al dispositivo "cedevole". Brevi note sugli ultimi approdi del sindacato costituzionale sulla proporzionalità delle sanzioni penali*, in [Federalismi.it](#), n. 15 del 2020, 85 ss.; 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](#), n. 6 del 2020, 244 ss. Di particolare interesse su tale orientamento è altresì la ricostruzione data dal Presidente della Corte G. CORAGGIO, [Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020](#), 12 ss. V. anche le osservazioni svolte dalla Presidente M. CARTABIA, [Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019](#), 6 ss.

¹⁷ Lo schema delle "rime obbligate", come noto, è una brillante ricostruzione dogmatica elaborata da Vezio Crisafulli per giustificare l'utilizzo di sentenze c.d. manipolative. Si v. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhiocupo (cur.), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978, 84 ss. (ma già anche in *Giur. cost.*, 1976, 1694 ss.), come anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, V ed. riv. agg., Padova, 1984, 407 s. Tale schema è stato poi apertamente recepito dalla stessa giurisprudenza costituzionale, v. ad es. sentt. nn. [109 del 1986](#), [125 del 1988](#), [8 del 1987](#) e [ord. n. 380 del 2006](#).

¹⁸ Cfr. G. LATTANZI, [Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nel 2018](#), 13 ss.

nell'ordinamento punti di riferimento che le permettessero di sostituirsi temporaneamente all'organo democratico-rappresentativo, non si è barricata nuovamente dietro a un *non possumus* emanando una pronuncia di inammissibilità per preservare la discrezionalità del legislatore, ma è intervenuta subito con una caducazione netta della norma sanzionatoria.

Questo forse inaspettato rigore nel rispetto dei propri confini d'azione dimostrato dalla Corte consegua, in ogni caso, solo al riscontro dell'assenza di soluzioni costituzionalmente possibili che consentissero una pronuncia sostitutiva.

Difatti, quello che pare emergere dall'argomentazione della [sent. n. 185/2021](#) è che in casi come quello vagliato, per intervenire con una decisione di accoglimento, semplicemente, non si pone come indispensabile la ricerca di soluzioni normative alternative che sostituiscano la norma caducata. Ma nella logica della sentenza ciò sembra comportare, *a contrario*, che sarebbe comunque praticabile (o forse addirittura preferibile?) il provvedere, anche in ipotesi come quella esaminata, con una pronuncia manipolativa a rime possibili, qualora vi fossero sufficienti elementi normativi cui ancorare l'operatività di tale schema¹⁹.

Non pare quindi che la decisione in commento prelude a un vero e proprio atteggiamento di auto-contenimento della Corte rispetto al suo più recente (e discusso) indirizzo della giurisprudenza a "rime possibili".

Può certamente essere apprezzabile che il Giudice delle leggi, non riuscendo a rinvenire effettivi punti di riferimento normativi idonei a orientare una decisione sostitutiva, abbia limitato la creatività della propria decisione, indirizzandosi verso un accoglimento secco, senza lanciarsi in problematici tentativi di correzione della scelta legislativa; ciò, tuttavia, non pare ancora sufficiente a configurare la [sent. n. 185/2021](#) come una prima manifestazione della volontà della Corte di limitare per il futuro alle sole ipotesi estreme il ricorso agli interventi sostitutivi "a rime possibili".

In effetti, esaminando con attenzione il percorso argomentativo seguito nella pronuncia, la Consulta sembra al più precisare le ipotesi in cui sia ancora impossibile per essa intervenire con una pronuncia di accoglimento pur avendo riscontrato un *vulnus* costituzionale. In primo luogo, difatti, è osservato come la carenza di disciplina che può derivare dalla declaratoria di illegittimità costituzionale sarebbe ancora preclusiva di un intervento meramente ablativo in tutti i casi in cui la lacuna di punibilità che ne conseguirebbe, non colmabile tramite l'espansione di previsioni sanzionatorie coesistenti, fosse foriera di «insostenibili vuoti di tutela» per gli interessi protetti dalla norma incisa. Al ricorrere di tali circostanze, come spiegato nella sentenza, la Corte potrebbe perciò operare esclusivamente in chiave manipolativa per porre rimedio al *vulnus* riscontrato, ricorrendo, qualora ve ne siano le condizioni, al «tradizionale schema delle "rime obbligate"», o altrimenti al più libero modello delle "rime possibili". Tuttavia, la stessa pronuncia evidenzia che a quest'ultimo fine è necessario poter contare su riferimenti normativi cui collegare la "manipolazione", essendo preclusi alla Corte «interventi di tipo "creativo"». Perciò, di converso, al ricorrere delle suddette circostanze, l'assenza di riferimenti normativi cui ancorare la "manipolazione" costituisce tuttora elemento ostativo all'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata, ancorché questa risulti fondata.

¹⁹ Non convince completamente l'interpretazione prospettata da L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, cit., nel punto in cui l'A. ritiene che la Corte, con la presente pronuncia, avrebbe per la prima volta precisato le condizioni di applicabilità della giurisprudenza sulle soluzioni "costituzionalmente adeguate", confinandola a casi limite: «questa precisazione – che sembra inaugurare un "nuovo corso" della giurisprudenza costituzionale, nel segno della residualità del ricorso alle sentenze manipolative del trattamento sanzionatorio – sembra fare da *pendant* all'estendersi del sindacato di proporzionalità intrinseca della Corte alle sanzioni amministrative. A fronte di un controllo più esteso, si prefigura un intervento meno manipolativo della Corte, quantomeno in tutte quelle ipotesi (che potrebbero essere numerose rispetto alle sanzioni amministrative) di incostituzionalità di norme sanzionatorie poste a presidio di condotte sensibilmente antecedenti la concreta offesa all'interesse protetto». In senso diverso, come si è cercato di chiarire sopra, a chi scrive sembra invece che la Consulta abbia esclusivamente voluto motivare la propria scelta di ritenere comunque ammissibile, nel caso di specie, la q.l.c., nonostante non fosse possibile un intervento manipolativo per assenza di punti di riferimento nell'ordinamento cui ancorarlo.

4. *La tollerabilità di taluni vuoti di tutela: un problematico giudizio dai confini incerti.*

Secondo la [sent. n. 185/2021](#), come accennato, un'intollerabilità, anche solo temporanea, di vuoti di tutela ricorrerebbe, «ad esempio», allorché dall'ablazione «derivasse una menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali».

Questo tanto più qualora si tratti di sindacato su una norma sanzionatoria, in quanto, in tal caso, il vuoto causato non sarebbe in alcun modo sanabile da un intervento *ex post* del legislatore, che non potrebbe che operare esclusivamente per il futuro, lasciando definitivamente privi di copertura e quindi impuniti tutti i fatti pregressi.

Nondimeno, è proprio quest'ultimo scenario che si è per l'appunto inverato con la decisione in analisi. Anche qualora infatti il legislatore, in uno slancio di reattività e collaborazione istituzionale, si impegnasse a dare tempestivamente seguito all'invito fatto dalla Corte a prevedere un diverso trattamento sanzionatorio, questo in ogni caso non opererebbe per i fatti pregressi: la decisione della Consulta ha perciò comportato un definitivo desanzionamento delle fattispecie interessate²⁰. Bisogna però considerare che la norma caducata si riferiva alla violazione di una molteplicità di obblighi informativi, *tutti* rimasti ora privi di copertura sanzionatoria.

Peraltro, la censura di incostituzionalità è conseguita alla constatazione della non proporzionalità della sanzione prevista all'intera gamma di comportamenti riconducibili alle fattispecie così sanzionate: ciò, tuttavia, non toglie che la norma caducata sanzionava anche fattispecie di significativa gravità rispetto alle quali la previsione censurata risultava ragionevolmente proporzionata.

D'altronde, ad essere in contrasto con il dettato costituzionale, a dire della stessa Corte, era la *fissità* della sanzione, a fronte di una gamma troppo diversificata di casi concreti. Ciò nonostante, la pronuncia ha indistintamente e drasticamente rimosso *tout court* la sanzione.

In proposito, non può non osservarsi che un dispositivo che tentasse di incidere unicamente sulla rigidità della previsione sarebbe risultato probabilmente meno traumatico e, per usare il lessico della sentenza, più proporzionato²¹.

Con ciò, peraltro, non si intende dire che sarebbe stato maggiormente auspicabile un intervento manipolativo della Corte. Come si è già notato, è anzi rassicurante che la Consulta, quanto meno formalmente, continui a riconoscere la sussistenza di limiti ai propri poteri di correzione dell'assetto

²⁰ Sarebbe peraltro interessante interrogarsi sul "seguito" che avrà una simile pronuncia rispetto alle sanzioni amministrative *medio tempore* adottate e ai giudizi impugnatori pendenti; determinare la reazione ordinamentale alla dichiarazione di incostituzionalità è naturalmente compito riservato ai giudici che dovranno appunto rispondere alle questioni accennate qualora se ne presenti l'occasione; quest'ultime, in ogni caso, non paiono ad oggi di così ovvia soluzione dato il progressivo processo, che si sta inverando proprio negli ultimi anni, di assimilazione delle sanzioni amministrative "punitive" alle sanzioni penali, quanto a garanzie costituzionali. Ci si potrebbe infatti domandare, ad esempio, se un caso come quello qui esaminato sia o non sia assimilabile a quello che ha dato vita alla recente [sent. n. 68 del 2021](#), in cui la Corte che ha aperto la strada alla possibilità di estendere l'operatività dell'art. 30, comma 4, legge 11 marzo 1953, n. 87 anche ai casi di caducazione di norme sanzionatorie non penali, cosa che fino a qualche anno fa era invece pacificamente esclusa (v. [sent. n. 43 del 2017](#)). Per osservazioni a commento della [sent. n. 68/2021](#), v. M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, in *Sistema Penale*, 20 aprile 2021; A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4 del 2021, 262 ss.; V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, n. 2 del 2021, 1 ss.

²¹ Intervento che avrebbe potuto ad esempio somigliare a quanto fatto dalla Corte con la [sent. n. 222 del 2018](#), in cui a fronte dell'illegittimità costituzionale di una pena accessoria fissa prevista per i reati di bancarotta, era stata dichiarata l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevedeva che l'ammontare della sanzione non fosse di 10 anni ma «fino a» 10 anni. In tale giudizio, tuttavia, la soluzione in questione era stata tratta da altre norme della medesima disciplina che prevedevano proprio una simile cornice editale (seppur con massimi decisamente inferiori).

normativo e non provveda in chiave manipolativa laddove non rinvenga anche solo vaghi “punti di riferimento” cui ancorarsi. Quanto osservato è finalizzato piuttosto a porre in luce la problematica individuazione operata dalla Corte del *discrimen* tra ipotesi in cui la rimozione del *vulnus* costituzionale viene condizionata alla necessaria individuazione di soluzioni sanzionatorie alternative e ipotesi in cui non lo è, come nel caso di specie.

Stando alla [sent. n. 185/2021](#), infatti, affinché sia imprescindibile un intervento manipolativo, il *deficit* di tutela conseguente all’ablazione della norma denunciata dovrebbe attingere determinati «livelli» che non sarebbero raggiunti nel caso in esame. A tale conclusione dovrebbe pervenirsi, secondo la Corte, in quanto la disciplina oggetto del giudizio, pur iscrivendosi tra misure intese a tutelare la salute (quindi un obiettivo di sicuro rilievo costituzionale), mirava a sanzionare condotte sensibilmente antecedenti la concreta offesa all’interesse protetto, discutendosi di inosservanze a obblighi di «richiamo dell’attenzione», a carattere preventivo, rivolti a soggetti che già praticano, o sarebbero intenzionati a praticare, forme di gioco consentite dalla legge, in ordine alle possibili derive patologiche di tale pratica.

La valutazione della Consulta sulla tollerabilità di vuoti di tutela consegue quindi a un giudizio, dai confini non poi così oggettivamente predeterminabili, sul grado di offensività delle condotte sanzionate.

Peraltro, sembra piuttosto chiaro che nella decisione in questione abbia significativamente pesato anche la specificità dal caso concreto oggetto del processo principale, in cui la comminazione della sanzione fissa di cinquantamila euro appariva particolarmente iniqua, stante la violazione solo parziale degli obblighi informativi da parte del titolare di un bar, nel quale era presente un unico apparecchio da gioco. È perciò ragionevole ritenere che la Corte avesse ben presente, nell’operare la propria valutazione, l’esigenza palesata dal giudice *a quo* di impedire il perpetrarsi di un’ingiustizia sostanziale, per iniquità e sproporzione della reazione sanzionatoria statale, nei confronti del cittadino ricorrente, tanto da ritenere comunque preferibile un suo intervento meramente ablativo, anche se comportante vuoti di disciplina insanabili *ex post*, a una pronuncia di inammissibilità, cui è invece spesso ricorso in casi simili in passato.

5. Conclusioni

Traendo qualche conclusione da quanto fin qui considerato, la decisione in esame sembra in sostanza porsi come una specificazione dei recenti approdi raggiunti dalla giurisprudenza costituzionale in materia di utilizzabilità di pronunce manipolative.

Il superamento dello schema delle rime obbligate in favore di interventi a rime possibili, ispirato, stando alla stessa giurisprudenza costituzionale, «all’esigenza di evitare la creazione di “zone franche” intangibili dal controllo di legittimità costituzionale», viene in effetti precisato: le pronunce manipolative sono possibili esclusivamente qualora collegabili, in qualche modo, a norme che fanno già parte dell’ordinamento; nei casi in cui non siano rinvenibili in alcun modo agganci al dato normativo vigente la Corte sarà quindi tenuta a pronunciare una sentenza meramente ablativa, salvo che questa non comporti, dato il tipo di norma sindacata, insostenibili vuoti di tutela, in particolare qualora ciò causi una lesione diretta di “diritti fondamentali”; difatti, in quest’ultimo caso, la Corte non potrà comunque accogliere la questione.

Assumendo perciò la prospettiva della Consulta, in realtà sussisterebbero ancora limitate aree, anche in materia sanzionatoria, sottratte al suo sindacato e quindi costituenti delle “zone franche”, in cui l’unica possibilità di riconduzione a costituzionalità risiederebbe in un intervento legislativo.

Peraltro, per quanto concerne l’individuazione del *discrimen* tra vuoti di tutela tollerabili – che consentono l’utilizzo di sentenze meramente ablativo – e vuoti «insostenibili» – che precludono l’accoglimento della questione qualora non sia possibile procedere in chiave manipolativa – il giudizio operato dalla Corte presenta all’evidenza confini di cui non è agevole predeterminare l’estensione oggettiva, permanendo in proposito significativi margini di “discrezionalità” in capo al

Giudice delle leggi, nella cui valutazione un certo rilievo possono sempre assumere anche le peculiarità che, di volta in volta, caratterizzano il caso concreto oggetto del processo principale.

Ad ogni modo, nella [sent. n. 185/2021](#) la scelta di agire con una declaratoria di incostituzionalità pura, nonostante il vuoto sanzionatorio così determinato, pare d'altra parte in linea con il crescente interventismo che ha caratterizzato la giurisprudenza costituzionale negli ultimi anni. Come si è già osservato, infatti, al riconoscimento della propria impossibilità di correggere essa stessa la disciplina censurata, la Corte non ha deciso, come in passato, di non decidere, arroccandosi dietro una pronuncia di inammissibilità, sostanzialmente abdicando al proprio ruolo di custode della Costituzione, ma ha optato per l'eliminare comunque il *vulnus* riscontrato.

Questa specifica forma di attivismo, peraltro, almeno a parere di chi scrive, è nel complesso apprezzabile. Non bisogna difatti dimenticare che se è vero che il crearsi di *deficit* normativi, soprattutto in materia sanzionatoria, può contribuire a significativi indebolimenti dell'effettività dell'assetto ordinamentale, nondimeno, un opposto orientamento sbilanciato nel senso della inammissibilità rischia di inverare «un grave sovvertimento dei valori costituzionali, [iperproteggendo non la] discrezionalità del legislatore ma [la] sua inerzia, [abdicando alla] stessa funzione della Corte costituzionale come giudice delle leggi»²².

Chiarito ciò, non possono comunque non valutarsi con spirito critico le oscillazioni che continuano a caratterizzare gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale in ordine a una esatta determinazione dei limiti ai propri poteri e margini di azione. Se difatti tali oscillazioni sono in una certa misura ineliminabili, considerata la loro natura pretoria, tuttavia, non viene meno l'auspicio di una Corte che stabilisca confini più precisi e duraturi agli strumenti e alle tecniche del proprio agire; ciò se non altro al fine di sottrarsi alle comprensibili critiche di coloro che vedono nei suoi imprevedibili cambi di passo o nella particolare creatività dimostrata nelle sue decisioni un possibile rischio per la natura, che le è propria, di organo giurisdizionale, inficiata dalla sempre più alta difficoltà di anticipare l'esito del sindacato di legittimità costituzionale da essa svolto²³.

²² V. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 307. In termini favorevoli al maggiore attivismo giurisprudenziale v. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione giustizia](#), n. 4 del 2020, il cui ultimo paragrafo significativamente si intitola “La Corte costituzionale rifiuta il “quieto vivere” e “rende giustizia”.

²³ Per una ricostruzione del dibattito intercorso sulla natura della Corte costituzionale si veda ad esempio 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 [Rivista AIC](#), n. 3 del 2017, 5 ss. e la bibliografia ivi richiamata. Sul tema anche D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., e R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017, *passim*. In proposito, si v. altresì quanto condivisibilmente rilevato da R. PINARDI e 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](#), [Studi 2020/II](#), 468: «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*». Non bisogna d'altra parte dimenticare che la Corte è un giudice, seppure speciale, e il carattere giurisdizionale richiede quanto meno il rispetto di criteri che assicurino un certo margine di prevedibilità delle sue decisioni.

Giuseppe Donato
Un vecchio problema per (una) Forza Nuova:
lo scioglimento delle organizzazioni neofasciste tra giudici e governo*

ABSTRACT: *The essay examines the problem of the dissolution of neo-fascist organizations in its legislative and jurisprudential evolution. The analysis starts from the XII final provision of the Constitution, which imposes a specific ban that is limited only to the fascist party; then it develops on the legislation of ordinary rank approved in 1945, 1947 and 1952, the so-called “Scelba law” still in force. Then, the debate on the bill proposed by Senator Parri – which aimed to dissolve the MSI by law – and the decisions of ordinary judges that led to the dissolution of some neo-fascist groups are deepened. In the conclusions, some proposals are made for changes to the existing structure, including the attribution to the Constitutional Court of the delicate task of the dissolution of parties.*

SOMMARIO: 1. Alle origini della questione: la XII disposizione finale della Costituzione. – 2. La legislazione di attuazione: dalla legge pre-costituzionale del 1947 alla legge Scelba. – 3. *Segue.* La configurazione legislativa del doppio binario di scioglimento. – 4. Il ddl Parri sullo scioglimento del MSI: un adempimento improrogabile? – 5. Il seguito giurisprudenziale: Ordine Nuovo e Avanguardia Nazionale. – 6. La dimensione costituzionale della questione in una prospettiva di riforma.

1. Alle origini della questione: la XII disposizione finale della Costituzione

L’istituto dello scioglimento delle organizzazioni neofasciste è caratterizzato da un assetto normativo che, nel suo complesso, difetta di chiarezza e organicità, oltre che da un quadro giurisprudenziale scarno e ormai risalente. Recenti – ed esecrabili – fatti di cronaca hanno riportato la questione all’attenzione delle istituzioni, che muovono passi incerti su questo scivoloso territorio di confine fra il diritto e la politica¹.

La Costituzione prescrive, nella XII disp. trans. fin., comma 1, un netto divieto di «riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista».

L’origine di tale disciplina va ricercata nella discussione in Assemblea Costituente sulla regolazione dei partiti politici, allora rubricata all’art. 47: Togliatti, intervenendo sulle differenti proposte avanzate da Mancini e Merlin (relatori in seno alla prima sottocommissione) e da Basso, suggeriva di inserire un limite esplicito sul partito fascista, «perché si deve escludere dalla democrazia chi ha manifestato di essere il suo nemico»².

Si delineava, quindi, una regolazione dei partiti conforme ad un modello di *Legalisierung*³, che arrestava qualsiasi forma di controllo sulla soglia della c.d. istituzionalità esterna⁴, spingendosi a censurare, sul piano ideologico, soltanto la dottrina fascista⁵.

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ Si fa riferimento agli eventi del 9 ottobre 2021, allorché – in occasione di una manifestazione contro l’obbligo del *green pass* per i lavoratori tenutasi nel centro di Roma – numerosi esponenti di Forza Nuova sono stati protagonisti di episodi di violenza e vandalismo, culminati con l’assalto alla sede della CGIL.

² ASSEMBLEA COSTITUENTE, Prima Sottocommissione, 19 novembre 1946.

³ In ossequio alla nota quadripartizione coniata da H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlino 1930, in E. GIANFRANCESCO E G. GRASSO (curr.), *La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, trad. it. di A. Kalajžič, Napoli, 2015, 6 s., che raffigura quattro *idealtipi* di rapporto fra Stato e partito: ostilità (*Bekämpfung*), indifferenza (*Ignorierung*), riconoscimento giuridico e legalizzazione (*Anerkennung und Legalisierung*), incorporazione (*Inkorporierung*).

⁴ Cfr. P. VIRGA, *Il partito nell’ordinamento giuridico*, Milano, 1948, 199 ss.

⁵ Sui lavori preparatori alla XII disp. v., fra gli altri, G. D’ELIA, *sub XII disp. trans. fin.*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006, 2786 ss.; L. MAZZAROLLI, *sub XII disp. trans. fin.*, in S. BARTOLE e R. BIN (curr.), *Commentario breve alla Costituzione*, fondato da V. Crisafulli e L. Paladin, Padova, 2008, 1218 ss.

La peculiare scelta della *sedes materiae* della disposizione, approntata in sede di coordinamento, suscitò le critiche di Calamandrei, che ne censurò anche una certa insufficienza semantica⁶; altra autorevole dottrina, invece, ha desunto dall'ubicazione al di fuori del «corpo vivo della Costituzione» la volontà dei Costituenti di sottolineare che «il fascismo è il passato, e il passato non ritorna»⁷. Sembra prevalente, però, l'ipotesi per cui la collocazione sia stata dettata da ragioni formali, più che sostanziali⁸: ad esempio, per evitare di inserire in Costituzione delle disposizioni *di specie*, sicché non può dubitarsi, pertanto, della sua «assoluta parità di valore giuridico rispetto alle altre norme della Costituzione»⁹.

Quanto al carattere *transitorio* o *finale* della XII disposizione, fatte salve le critiche alle contingenze del contesto storico in cui fu adottata¹⁰, viene diffusamente accolta la seconda alternativa. La comparazione interna con il comma 2 evidenzia che, mentre quest'ultimo limita il diritto di elettorato dei «fascisti di ieri» per un arco di tempo definito, il comma 1 colpisce i «riorganizzatori odierni del fascismo»¹¹. Anche la Corte costituzionale ha chiarito che la XII disp., comma 1, è «da definirsi “finale” e non “transitoria”»¹², lasciando impregiudicato, però, il significato da attribuire al primo aggettivo¹³.

Addentrando nell'analisi della *norma*, si evince che tanto la genesi quanto la *ratio legis* inducono a scartare interpretazioni del testo eccessivamente ampie. Tale assunto non è univocamente accettato: secondo una ricostruzione offerta da Esposito, infatti, la XII disp., a guisa di sineddoche, rappresenterebbe una formula generale contro tutti i partiti antisistema, ovvero contro ogni compagine politica che, come quella fascista, «persegua l'instaurazione di dittature o l'abbandono degli oggi vigenti principi democratici»¹⁴. Questa preoccupazione, in realtà, non è stata fatta propria dai Costituenti: l'ordinamento italiano non sembra accogliere l'idea di democrazia *protetta*, come la Germania¹⁵, ma, data un'impostazione di democrazia *procedurale*¹⁶, circoscriverebbe le limitazioni

⁶ ASSEMBLEA COSTITUENTE, Plen. 4 marzo 1947: «se questa disposizione deve avere un significato, essa deve esser collocata non tra le disposizioni transitorie, e non deve limitarsi a proibire un nome, ma deve definire che cosa c'è sotto quel nome, quali sono i caratteri che un partito deve avere per non cadere sotto quella denominazione e per corrispondere invece ai requisiti che i partiti devono avere in una Costituzione democratica».

⁷ M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. dir.*, n. 2/1991, 187 e 190.

⁸ M. RUINI, *La riorganizzazione del partito fascista*, in *Foro pad.*, n. 9/1951, 273; in senso conforme U. DE SIERVO, *Attuazione della Costituzione e legislazione antifascista*, in *Giur. cost.*, n. 5/1975, 3268.

⁹ Come sostenuto da C. MORTATI, *Costituzionalità del disegno di legge per la repressione dell'attività fascista*, in *Cronache sociali*, n. 15-16/1950, ora in ID., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, 73.

¹⁰ S. BELLOMIA, *Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione*, in *Giur. cost.*, n. 3/1973, 1672, identifica la «natura emozionale» della disposizione, «tributaria alle passioni del momento».

¹¹ M. BON VALSASSINA, *Apologia di fascismo, divieto di riorganizzazione del partito fascista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Foro it.*, 1957, 953.

¹² Corte cost., [ord. n. 323 del 1988](#).

¹³ A tal proposito, secondo P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.*, n. 1/1973, 718, vi sarebbe stata l'esigenza di specificare che alcune disposizioni «benché non comprese nel corpo principale della Costituzione, ave[vano] un carattere *non transitorio*» (enfasi testuale).

¹⁴ C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, n. 1-2/1951, 24; v. anche ID., *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana, Saggi*, Padova, 1954, 8. La tesi dell'A. è stata accolta anche da V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Jus*, 1969, 26.

¹⁵ Sul tema, v., anzitutto, K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights, I*, in [American Political Science Review](#), n. 3/1937, 417 ss., per la prima parte dello studio, e n. 4/1937, 638 ss., per la seconda. Di recente, A.K. BOURNE - F. CASAL BÉRTOA, *Mapping 'Militant Democracy': Variation in Party Ban Practices in European Democracies (1945-2015)*, in [European Constitutional Law Review](#), n. 2/2017, 221 ss. Nella dottrina italiana F. FERRONI - S. CECCANTI, *Democrazia protetta*, in *Dig. disc. pubbl., online*, 2015; S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino, 2004.

¹⁶ Cfr. C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 392 ss.; P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII (1982), 110 ss.

ideologiche della lotta politica ad una sola ipotesi¹⁷, storicamente determinata, che «la storia ha già giudicata incompatibile con le finalità dello stato democratico»¹⁸.

La motivazione che soggiace alla XII disp., co. 1 – diversa, ad esempio, rispetto a quella dell’art. 21, comma 2, *Grundgesetz* – esclude qualsiasi lettura polivalente della norma¹⁹.

Anzi, proprio per la sua caratura di «speciale clausola di protezione politica unidirezionale»²⁰, parte della dottrina l’ha valutata come un elemento di caratterizzazione del sistema, una previsione che si pone *in sintonia* con l’*antitesi* che il regime repubblicano costituisce rispetto a quello fascista²¹.

Da un punto di vista assiologico questa tesi sembrerebbe condivisibile: la Costituzione intera è permeata dallo spirito antifascista, che ha ispirato i lavori delle forze costituenti e favorito il raggiungimento di soluzioni condivise da gruppi fautori di dottrine politiche profondamente diverse.

D’altro canto, il principio pluralista che contraddistingue la regolazione dei partiti politici – una delle poche conclusioni che si possono ricavare dall’enunciato dell’art. 49 Cost. – pare *derogato*, più che *confermato*, dal limite della XII disp.²².

Se il *metodo democratico* conforma solo l’azione esterna dei partiti, nulla richiedendo sull’organizzazione interna²³ o sulle finalità perseguite²⁴, ne segue che il divieto di dar vita *sotto qualsiasi forma* ad un gruppo neofascista non può che rappresentare un’eccezione alla regola generale e determinare, quindi, una *rottura* della Costituzione²⁵.

¹⁷ G.E. VIGEVANI, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in [MediaLaws](#), n. 1/2019, 5, sottolinea che si tratta de «l’unico limite di natura ideologica per quanto concerne la costituzione di un movimento politico, dentro un progetto di democrazia “aperta” che non richiede adesione ai valori democratici, ma “lealtà di comportamento” nella vita pubblica, in una prospettiva di progressivo inserimento nel gioco democratico delle associazioni antisistema».

¹⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, Padova, 1976, 870.

¹⁹ P. BARILE, *Relazione*, in AA.VV., *Un adempimento improrogabile. Atti del Convegno giuridico sull’attuazione della XII norma finale della Costituzione*. Firenze, Palazzo Vecchio, 2 luglio 1961, a cura del Comitato promotore e del Consiglio regionale toscano della resistenza, Firenze, 1961, 22; P.G. GRASSO, *Contributo allo studio sulla prevenzione dello stato di emergenza. Sul divieto costituzionale di riorganizzazione del disciolto partito fascista*, in *Dir. soc.*, n. 4/2002, 532.

²⁰ B. PEZZINI, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della costituzione repubblicana*, in M. D’Amico e B. Randazzo (curr.), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1379; cfr. anche EAD., *Il divieto di ricostituzione del partito fascista nella XII disposizione finale*, in M. D’Amico, A. De Francesco e C. Siccardi (curr.), *L’Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant’anni dalla promulgazione delle leggi antiebraiche: tra storia e diritto*, Milano, 2019, 205 ss.

²¹ B. PEZZINI, *Attualità e attuazione*, cit., 1387; la medesima posizione è sostenuta anche da A. CATTEDRA, *Nota a margine della XII disposizione finale della Costituzione*, in *Amm.it.*, n. 5/1990, 702, per il quale la XII disp. dà applicazione al divieto generale contro i partiti che «prevedano la gestione autocratica della *res publica*» di cui all’art. 49 Cost.; e, ancora, da G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Milano, 1991, 215.

²² Sulla qualificazione della XII disp. come eccezione v. C. MORTATI, *Disciplina dei partiti nella Costituzione italiana*, in *Cronache sociali*, n. 2/1950, ora in ID., *Problemi di diritto pubblico*, cit., 41; L. BIANCHI D’ESPINOSA, *Relazione*, in AA.VV., *Un adempimento improrogabile*, cit., 29; L. PICCARDI, *Relazione*, *ivi*, 45; A. PREDIERI, *Intervento*, *ivi*, 84; P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali*, cit., 679; U. DE SIERVO, *Attuazione della Costituzione*, cit., 3282; S. CURRERI, *Sullo scioglimento di Forza Nuova e, più in generale, delle forze politiche che agiscono con metodo non democratico*, in [laCostituzione.info](#), 19 ottobre 2021.

²³ La tesi dell’esclusione dell’obbligo di democrazia interna dal tracciato della disposizione costituzionale sarebbe auspicabilmente da superare: si consenta, a tal proposito, il rinvio a G. DONATO, *Modello costituzionale dei partiti e sindacato giurisdizionale*, Napoli, 2021, 168 ss.

²⁴ Corte cost., [sent. n. 114 del 1967](#), *cons. in dir.*, par. 2, ha affermato che «in uno Stato di libertà» è ammessa l’attività anche di gruppi che mirano al «mutamento degli ordinamenti politici esistenti, purché questo proposito sia perseguito con metodo democratico, mediante il libero dibattito e senza ricorso, diretto o indiretto, alla violenza». A conferma di questo assunto propende, peraltro, l’esistenza di partiti monarchici agli albori della Repubblica. *Contra* C. ESPOSITO, *I partiti*, cit., 23 s., secondo cui qualora il partito, «concepito dalla Costituzione come strumento di democraticità, tenda a dar morte alla democrazia “con metodo democratico”» non farebbe altro che adottare «una raffinatezza nell’esecuzione, che non vale ad escludere la illiceità del fine e il suo contrasto con i fini assegnati ai partiti dalla Costituzione».

²⁵ Per vero, su una simile conclusione, non si registra un’unità di vedute: in questa sede si accede alla posizione di T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2020, 303 e, *ivi*, 588. Parlano della «estensione del concetto di specialità anche al settore costituzionale» P. BARILE - U. DE SIERVO, *Revisione della Costituzione*, in *Nov. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 788; distingue fra «autorottura» e «rottura» C. MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della*

2. La legislazione di attuazione: dalla legge pre-costituzionale del 1947 alla legge Scelba

L'esegesi della XII disp. fin. fa emergere i suoi caratteri di norma univoca – che impone uno specifico *privilegium odiosum* – ed eccezionale rispetto all'architettura costituzionale. Entro questa chiave di lettura va ricondotta, pertanto, l'analisi delle leggi ordinarie che hanno dato attuazione al dettato costituzionale.

La l. 3 dicembre 1947, n. 1546 venne promulgata quando il dibattito sul comma 1 della XII disp. – che verrà formalmente approvato solo due giorni dopo²⁶ – si era già esaurito²⁷. Nelle intenzioni del Governo il provvedimento normativo doveva riordinare le previsioni contenute nel d.lgs.lgt. 26 aprile 1945, n. 145, che aveva disciplinato la «Punizione dell'attività fascista nell'Italia liberata»²⁸. A queste ultime disposizioni si aggiungevano sanzioni contro la restaurazione violenta della monarchia, così da assicurare, in maniera unitaria, «l'efficace repressione delle manifestazioni dannose alle istituzioni repubblicane»²⁹.

All'omogeneità della finalità perseguita non può corrispondere, però, una sovrapposizione dei piani: il fascismo, incarnatosi in partito unico, è ontologicamente inconciliabile col pluralismo partitico; la monarchia, invece, pur essendo evidentemente «incompatibile con la forma istituzionale»³⁰ repubblicana, non è in egual misura identificabile con un partito monarchico, che risulta, quindi, di per sé ammissibile.

L'art. 1 eredita l'impostazione della corrispondente disposizione del citato decreto luogotenenziale, comminando una pena detentiva ai responsabili della ricostituzione del disciolto partito fascista sotto qualsiasi forma³¹. Rispetto al precedente del 1945, la legge del 1947 contiene, però, un primo – sebbene ancora insufficiente – tentativo definitorio del fenomeno da contrastare: anzitutto, specificando che la censura è rivolta al *disciolto* partito fascista, in linea con le argomentazioni offerte da Togliatti durante i lavori sull'art. 49 Cost.; e, quindi, specificando che il partito (o movimento) prevenuto deve perseguire i fini propri del fascismo attraverso «l'organizzazione militare o paramilitare» o «l'esaltazione o l'uso di mezzi violenti di lotta» perché si abbia effettiva *ricostituzione*.

Nel prosieguo del testo vengono enucleati altri delitti, fra cui la costituzione di un partito che miri a restaurare con violenza la monarchia (art. 2); lo svolgimento di attività fascista o “monarchica” ostacolando con violenza, minaccia o inganno l'esercizio di diritti civili o politici (art. 3); l'esaltazione pubblica di ideologie fasciste o il compimento di manifestazioni fasciste (art. 7); o, ancora, la propaganda in favore di una restaurazione violenta della dinastia Sabauda (art. 8).

Contro tutti questi reati l'art. 9 richiede di procedersi con istruttoria sommaria e, quando possibile, con giudizio direttissimo, in modo tale da assicurare un rapido svolgimento dell'azione giudiziaria.

Esclusivamente per la fattispecie di cui all'art. 1 è previsto che, con la sentenza di condanna, il giudice ordini lo scioglimento dell'organizzazione (art. 10).

La legge del 1947 ha assicurato la continuità delle misure repressive nel periodo di assestamento della costituenda repubblica, senza configurarsi, però, come disciplina definitiva: l'art. 11 prevedeva,

Repubblica italiana), in *Enc. dir.*, XI (1962), 192; mentre A. RUGGERI, *Fonti, norme criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2009, 32 s., riconduce la rottura alla categoria delle «antinomie apparenti». Sul tema risultano interessanti anche gli spunti offerti da G. MOTZO, *Disposizioni di revisione materiale e provvedimenti di «rottura» della Costituzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, n. 1/1964, 323 ss.

²⁶ Mentre l'attuale comma 2, allora collocato come comma 3, era già stato approvato il 29 ottobre: v. ASSEMBLEA COSTITUENTE, Plen., 5 dicembre 1947.

²⁷ Va appena precisato che la legge in questione, pur essendo stata approvata dall'Assemblea Costituente, rientrava nell'esercizio delle funzioni legislative ordinarie, come ha chiarito anche [Corte cost., sent. n. 4/1972](#), punto 1 *cons. dir.* In dottrina v. M. RUINI, *La riorganizzazione del partito fascista*, cit.; G. BRUNELLI, *Struttura e limiti*, cit., 214 ss.

²⁸ Sui vari interventi legislativi v. S. VINCIGUERRA, *Fascismo (sanzioni)*, in *Enc. dir.*, XVI (1967), 914 s.

²⁹ Come si ricava dalla *Relazione* di accompagnamento.

³⁰ B. PEZZINI, *Attualità e attuazione*, cit., 1389.

³¹ Cfr. G. MAESTRI, *Paura dei partiti antisistema e scelte sulla “protezione” della democrazia, tra Italia e Germania*, in [Democrazia e Sicurezza](#), n. 2/2019, 14.

infatti, la stessa cessazione di efficacia della legge a seguito della revisione delle disposizioni del codice penale in materia e, in ogni caso, al 31 dicembre 1952.

L'avvicinarsi di tale scadenza e, soprattutto, la crescita di una forza politica di chiara matrice neofascista quale il Movimento Sociale Italiano (MSI) spinsero il Governo a presentare un nuovo disegno di legge per l'attuazione della XII disposizione, infine approvato come l. 20 giugno 1952, n. 645³², meglio nota come «legge Scelba» dal nome del Ministro dell'interno che lo sostenne.

In sede di discussione generale, al Senato la proposta incontrò la netta contrapposizione, sul piano ideologico, del MSI: il senatore Franza sostenne che la legge, in violazione dell'art. 49 Cost. e della stessa XII disp., avrebbe colpito tutti i gruppi che – pur attenendosi al metodo democratico – perseguivano finalità antidemocratiche, instaurando, quindi, un modello di democrazia protetta³³. Sotto il profilo tecnico, invece, venne diffusamente criticata la scelta di affidare alla magistratura ordinaria il compito dell'accertamento e, quindi, dello scioglimento dei partiti neofascisti: non spettava al giudice «stabilire principi di carattere ideologico»³⁴, né di effettuare un giudizio politico siffatto³⁵; si profilava, poi, il rischio di giudicati contrastanti³⁶. Il Parlamento appariva a molti come la sede maggiormente idonea, preferibile anche rispetto al Governo, vista la dimensione politica della questione³⁷, mentre rimanevano del tutto isolate le ipotesi di affidare il compito alla costituenda Corte costituzionale, quale «unico, inappellabile giudice»³⁸ o quale organo di appello per il provvedimento parlamentare³⁹.

Dalle repliche del Ministro Scelba emergeva che la presentazione del disegno di legge non era frutto di improvvisazione, ma si inscriveva all'esito di una serie di azioni censurabili delle forze di estrema destra, che avevano portato a vietare il Congresso del MSI⁴⁰. La riemersione di diverse manifestazioni fasciste imponeva, a suo dire, la necessità di agire in attuazione della XII disp., che non poteva essere lasciata inoperante se non al prezzo di «rinnega[re] le basi morali su cui poggia la Repubblica e tradi[re] lo spirito stesso della democrazia italiana»⁴¹. A sostegno dell'attribuzione ai giudici del potere di scioglimento, Scelba richiamò il precedente della legge del 1947 che, in quanto redatta dall'Assemblea Costituente, non poteva essere ignorato. Alquanto vaga fu, invece, la risposta sulla possibilità di coinvolgere la Corte costituzionale: la Costituzione non le attribuiva tale compito né, in ogni caso, poteva attendersi il suo insediamento per poter fronteggiare le minacce neofasciste.

Nella discussione degli articoli i senatori concordavano sulla separazione della fase dell'accertamento da quella dello scioglimento, pur avanzando prospettive diverse: la misura doveva essere adottata dal Governo, dopo l'emanazione della sentenza, in maniera facoltativa⁴² o obbligatoria⁴³; o, ancora, andava disposta con legge senza una previa condanna, investendo una Commissione composta da deputati e senatori del compito di istruire le denunce ricevute⁴⁴. L'esigenza di impegnare il potere esecutivo per l'adozione del provvedimento di dissoluzione dei

³² Rubricata «Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione».

³³ SENATO DELLA REPUBBLICA, sed. pom., 18 gennaio 1952.

³⁴ E. BERLINGUER, sed. pom., 18 gennaio 1952.

³⁵ F. PARRI, sed. pom., 22 gennaio 1952; U. TERRACINI, sed. pom., 25 gennaio 1952.

³⁶ E. BERLINGUER, sed. pom., 23 gennaio 1952; R. SANNA RANDACCIO, *ibid.*.

³⁷ E. BERLINGUER, *loc. ult. cit.*; F. PARRI, *ibid.*; U. TERRACINI, sed. pom., 25 gennaio 1952.

³⁸ R. SANNA RANDACCIO, sed. pom., 23 gennaio 1952.

³⁹ A. BANFI, sed. pom., 24 gennaio 1952.

⁴⁰ Nell'ottobre del 1950 il Governo aveva vietato il Congresso del MSI a Bari e, appena un mese dopo (il 30 novembre), aveva presentato il disegno di legge in questione. Questa tempistica – unitamente alle numerose e inequivoche esternazioni del Ministro Scelba nel corso dell'*iter* legislativo – conferma che, dietro un'impostazione di legge a carattere generale, si celava l'obiettivo di colpire (almeno indirettamente) il MSI.

⁴¹ Sed. pom., 25 gennaio 1952.

⁴² Sed. pom., 31 gennaio 1952: emendamento di Azara e altri; lo stesso Azara riteneva che l'attribuzione di questo compito alla Corte costituzionale l'avrebbe *snaturata*.

⁴³ Sed. pom., 31 gennaio 1952: emendamento di Cosattini, che poi aderì all'emendamento Azara evidenziando che, qualora si fosse eliminato il nesso di dipendenza fra la sentenza e lo scioglimento, il Governo avrebbe comunque potuto «giovarsi delle pronunce del magistrato come di una specie di documentazione con cui dimostrare la violazione concreta della legge, legittimamente accertata».

⁴⁴ Sed. pom., 31 gennaio 1952: emendamento di Terracini.

partiti – coniugando, in tal modo, garanzie procedurali e speditezza dell'azione – prese forma in un emendamento che articolava il sistema a doppio binario tuttora vigente⁴⁵: da un lato, il Governo avrebbe potuto disporre lo scioglimento (e la confisca dei beni) a seguito di un provvedimento giudiziario; dall'altro, avrebbe potuto agire anche in maniera autonoma, purché raggiungesse la prova dell'avvenuta ricostituzione alle stesse condizioni richieste al giudice⁴⁶.

Scartata l'opzione di uno scioglimento disposto direttamente con la sentenza, Scelba ritenne quanto mai opportuna la competenza dell'esecutivo – e non del legislativo – perché si trattava non di dichiarare l'illegittimità di un partito prima ritenuto legittimo, ma solo di dare esecuzione a una legge⁴⁷.

D'altro canto, secondo i senatori non potevano ritenersi perfettamente equivalenti le due ipotesi di scioglimento: l'accentuata componente politica della dissoluzione di iniziativa governativa suggeriva di adottare il provvedimento con decreto legge, così da coinvolgere il Parlamento, che se ne sarebbe assunto la responsabilità⁴⁸. Sul punto si registrò qualche titubanza di Scelba, che alla fine accettò la proposta con una riserva di tipo sostanziale, specificando che non intendeva, comunque, «accogliere il criterio che il contenuto di questo provvedimento sia materia di legge. Si tratta sempre di un atto amministrativo che assume la forma del decreto-legge per offrire le ulteriori e maggiori garanzie di controllo offerte dal decreto-legge»⁴⁹.

3. Segue. *La configurazione legislativa del doppio binario di scioglimento*

Dal raffronto tra la legge del 1947 e la legge Scelba emerge un'evoluzione lineare della normazione, che cerca di portare a compimento, sia pure con non poche difficoltà, il disegno costituzionale.

In luogo della *ricostituzione*, la legge del 1952, riprendendo la formula della XII disp., postula la *riorganizzazione* del disciolto partito fascista, attestando la soglia di punibilità ad uno stadio di avanzamento preliminare. Quanto alla configurazione esteriore, il primo testo normativo, pur utilizzando l'ampia locuzione «sotto qualunque forma», fa riferimento solo a un *partito* o a un *movimento*; la legge Scelba – successivamente novellata, sul punto, dalla legge Reale⁵⁰ – amplia il novero degli enti collettivi, richiamando anche le *associazioni* o «comunque un *gruppo* di persone non inferiore a cinque». Il legislatore ha posto l'accento sulla dimensione strettamente associativa, che deve essere regolata in modo differente da quella del singolo: così, mentre nella prima legge, le caratteristiche del partito vietato sono inserite all'interno di una fattispecie penale che punisce i promotori, nell'*incipit* del nuovo testo, vengono specificate in maniera autonoma rispetto alla norma incriminatrice.

Nella legge del 1947, la verifica della ricostituzione è subordinata al fatto che le «finalità proprie» del partito fascista vengano perseguite con organizzazione (para)militare o con mezzi violenti; la legge Scelba individua l'adozione delle «finalità antidemocratiche» del fascismo come una delle possibili modalità di riorganizzazione, alternativa all'esaltazione «di esponenti, principi, fatti e metodi» del partito o, ancora, alle «manifestazioni esteriori di carattere fascista». L'inquadramento del carattere militare come elemento aggravante rende sufficiente anche il solo accertamento dei profili ideologico-programmatici del gruppo, in linea con la complessiva sistematica dell'art. 49 Cost. e della XII disp. che, nella repressione del fascismo, prescinde dalla lesione del metodo

⁴⁵ Sed. pom., 31 gennaio 1952: emendamento di Riccio e altri.

⁴⁶ Sed. pom., 31 gennaio 1952: subemendamento di Rizzo e altri, che ha uniformato il tipo di accertamento sulla riorganizzazione richiesto ai poteri giudiziario ed esecutivo.

⁴⁷ Sed. antim., 1° febbraio 1952.

⁴⁸ Intervento di De Luca: sed. antim., 1° febbraio 1952.

⁴⁹ Sed. antim., 1° febbraio 1952; posizione ulteriormente ribadita in sed. pom., 11 giugno 1952. La legge verrà definitivamente approvata dalla Camera nella seduta pomeridiana del 18 giugno, con votazione segreta.

⁵⁰ L. 22 maggio 1975, n. 152 «Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico»; a commento v. P. PETTA, *Le nuove norme per la repressione e la prevenzione di attività eversive*, in *Giur. cost.*, n. 5/1975, 2841 ss.

democratico⁵¹. In ambedue i testi, peraltro, viene escluso che i delitti commessi da singoli esponenti possano causare delle ripercussioni sul gruppo, essendo richiesti, in vero, fattispecie che abbiano una dimensione collettiva per poter addivenire allo scioglimento.

La regolazione di quest'ultimo istituto segna il passaggio di maggiore discontinuità fra le leggi in esame. La legge del 1947 riconduceva nella sfera di competenza giudiziaria tanto l'accertamento preliminare quanto lo scioglimento dell'organizzazione: il medesimo schema veniva riproposto nell'articolato presentato dal Governo per la legge Scelba, per, come scrisse De Gasperi nella relazione al Senato, dare «conferma e ossequio alla esigenza democratica di offrire le più sicure garanzie a favore dei movimenti o delle associazioni incriminate». Al fine di ovviare alla fisiologica lentezza dell'azione del giudice, il testo originario del 1950 aveva, peraltro, previsto una particolare misura cautelare, in forza della quale il prefetto o il Ministro dell'interno – a seconda della dimensione locale o nazionale – avrebbero potuto interrompere l'attività del gruppo sospettato.

Nell'*iter* di approvazione, l'ipotesi della sospensione non fu accolta, ma le ragioni ad essa sottese hanno trovato adeguato riscontro nella previsione dello scioglimento (esclusivamente) governativo; inoltre, mentre la sospensione era accompagnata da una garanzia formale – la previa denuncia sporta da parte degli organi di pubblica sicurezza all'autorità giudiziaria – e sostanziale – l'esistenza di un grave rischio per l'ordine pubblico –, lo scioglimento ad opera del governo postula, in ogni caso, la ricorrenza delle medesime condizioni richieste al giudice per l'accertamento.

Nella configurazione attuale, pertanto, i due canali attraverso cui può cessare l'attività di un partito dovrebbero essere qualitativamente equivalenti sul piano dell'*input*: l'ipotesi di cui all'art. 3, comma 2, si differenzia solo per una gravità maggiore, tale da richiedere un intervento più celere. Si accentuano le differenze, invece, in fase di *output*: da un lato, il Ministro dell'interno, forte della pronuncia giudiziale, procede con suo decreto, dovendo soltanto *sentire* il Consiglio dei Ministri; dall'altro, il Governo, esaurito l'accertamento da condurre in via autonoma, adotta un provvedimento avente forza di legge.

Dai lavori preparatori emerge, altresì, che, nelle intenzioni di Scelba, questa previsione non avrebbe dovuto (e non dovrebbe) determinare la riconduzione dello scioglimento alla competenza della legge, ma dovrebbe limitarsi a corredare di garanzie ulteriori il semplice decreto ministeriale. Dando una lettura *originalista* della disposizione non potrebbe sostenersi, pertanto, alcuna competenza del Parlamento a *legiferare* sulla materia, essendo chiamato a svolgere solo un compito di controllo in sede di conversione.

La formulazione non felicissima dell'art. 3, comma 2, ha lasciato adito, però, a diversi dubbi, che sono riaffiorati nel dibattito legislativo qualche anno dopo.

4. *Il ddl Parri sullo scioglimento del MSI: un adempimento improrogabile?*

L'approvazione della legge Scelba non raggiunse gli obiettivi prefissati. A fronte di un contesto socio-politico in cui non mancavano azioni di stampo neofascista, le previsioni sullo scioglimento rimasero inapplicate dai giudici, non esercitando alcuna funzione deterrente nei confronti dell'attività del MSI, che, nel frattempo, aveva rafforzato la propria posizione politica fino a ricoprire un ruolo determinante per l'insediamento del governo Tambroni nel marzo del 1960⁵².

Il malcontento di alcune forze politiche nei confronti di questa situazione si manifestò all'attenzione dell'opinione pubblica con la presentazione, nel luglio del medesimo anno, di un

⁵¹ Cfr. U. DE SIERVO, *Attuazione della Costituzione*, cit., 3278, per il quale, in relazione ai gruppi neofascisti, «vi è una presunzione assoluta di pericolosità per il nostro sistema politico ed un conseguente divieto di esistenza anche a prescindere dalla concreta attualità dell'uso da parte loro degli strumenti di violenza», e P.G. GRASSO, *op. cit.*, 523. Secondo C. MORTATI, *Disciplina dei partiti*, cit., 47, non si può associare la repressione del neofascismo alla repressione di altri movimenti che non rispettano il metodo democratico: sarebbe «politicamente inopportuno [e] incongruo sotto l'aspetto giuridico per la netta differenza voluta porre dalla carta fondamentale in confronto dell'uno ed in quello degli altri».

⁵² Cfr. G. MAESTRI, *Paura dei partiti*, cit., 21.

disegno di legge a firma del senatore Parri. Il testo, omettendo di chiamare in causa la legge Scelba e rifuggendo da qualsiasi remora che aveva contrassegnato l'azione legislativa nel 1952, conteneva solo una previsione: lo scioglimento del MSI in diretta applicazione della XII disp., comma 1, della Costituzione. Secondo il proponente, nei confronti del MSI si registrava «una indulgenza divenuta ormai una colpa», cui il Parlamento era chiamato a rimediare.

La possibilità di adottare lo scioglimento con legge era suffragata già dalla legge Scelba, che sottraeva, almeno in parte, alla magistratura il potere esclusivo di accertare il carattere fascista di un partito. Era previsto che il Governo espletasse tale compito, perché, talvolta, «l'esigenza politica [poteva] farsi prevalente»; ma, al contempo, anche il legislatore poteva intervenire direttamente per sciogliere un partito, visto che il procedimento di formazione della legge, coinvolgendo tutti i gruppi parlamentari, era ancor più garantista.

La proposta non raccolse il consenso sperato. Nella relazione di maggioranza Zotta sostenne che l'organo legislativo non avrebbe potuto sostituirsi alla magistratura, se non al prezzo di violare il principio di separazione dei poteri. Il ruolo del Parlamento doveva rimanere differente da quello del Governo: difatti, la possibilità di un controllo *a posteriori* sul decreto-legge non legittimava un potere di scioglimento *a priori*, atteso che «il particolare carattere politico dell'atto non autorizza[va] a spogliare nel caso concreto il potere esecutivo di una sua competenza». Paventando che lo scioglimento di un partito avrebbe rappresentato una ripetizione degli errori commessi dal fascismo e aperto il medesimo rischio, per il futuro, verso altre minoranze, Zotta concludeva per il non passaggio agli articoli.

A supporto della validità del progetto, invece, i relatori di minoranza Sansone e Secchia richiamarono le tesi espresse da diversi parlamentari – anche dagli stessi esponenti del MSI – nella discussione sulla legge Scelba, dalle quali emergeva che «il giudizio essenzialmente politico» sotteso allo scioglimento poteva essere condotto *solo* dal Parlamento, essendo ben diversa la funzione della magistratura. La proposta era corredata da ampia documentazione che avrebbe dovuto comprovare la natura fascista del movimento, come richieste di autorizzazione a procedere pervenute in Parlamento e articoli di quotidiani, oltre che una sentenza in cui si affermava che la «ideologia [del MSI] si ricollega[va] direttamente a quella di un disciolto partito politico»⁵³.

Il testo dava voce ad una preoccupazione diffusa fra numerosi studiosi ed addetti ai lavori, che a suo sostegno organizzarono un incontro dal titolo fortemente evocativo: “*Un adempimento improrogabile*”⁵⁴.

Pur nella differenza delle posizioni di partenza, tutti concordavano sull'opportunità dell'intervento legislativo. Barile muoveva dalla prospettiva del dovere di fedeltà che, *ex art.* 54, la Costituzione postula anche ai partiti, in quanto associazioni: inserendosi armoniosamente in questo contesto⁵⁵, la XII disp. sanciva una «presunzione assoluta (*iuris et de jure*) di *infedeltà* di [...] qualunque formazione la quale ricalchi gli orientamenti, l'ideologia del disciolto partito fascista»⁵⁶, mentre per le altre forze politiche era escluso qualsiasi controllo ulteriore a quello della c.d. istituzionalità esterna. Alla XII disp., della quale andava esclusa ogni lettura polivalente, poteva essere data attuazione in modi diversi; tra questi, il ricorso a una «legge singolare» sembrava quello preferibile, sia perché la Costituzione non conteneva alcuna riserva in favore della giurisdizione – né, tantomeno, del potere esecutivo –, sia perché il Parlamento avrebbe potuto esprimere, meglio di tutti, il giudizio politico richiesto. Da altri presupposti muoveva Bianchi D'Espinosa, che del tema si sarebbe occupato, in seguito, anche in sede giudiziaria⁵⁷. Secondo il magistrato, la XII disp. rappresentava

⁵³ Trib. Milano, sez. III feriale, 4 agosto 1960.

⁵⁴ Per gli atti del convegno v. AA.VV., *Un adempimento improrogabile*, cit.

⁵⁵ In sede di replica Barile precisava nuovamente che la XII disp. non era «aberrante» rispetto al tessuto costituzionale, in quanto ricollegata agli artt. 18, 49 e 54 Cost.: *ivi*, 105.

⁵⁶ *Ivi*, 21.

⁵⁷ Nella qualità di Procuratore generale presso la Corte di appello di Milano, Bianchi D'Espinosa aveva reso manifesto, nella Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario del 1972, l'avvio di «indagini preliminari allo scopo di accertare se eventualmente partiti o raggruppamenti politici operanti nel nostro Paese costituiscano “riorganizzazione del disciolto partito fascista” e se quindi i loro promotori siano soggetti alle sanzioni penali previste dagli artt. 1 e 2» della

una norma d'eccezione rispetto alla regola dell'art. 49 Cost., ma non poneva alcuna riserva di giurisdizione, lasciando libero il Parlamento di provvedere tramite una legge (anche se soltanto in senso formale). L'azione del legislatore avrebbe, anzitutto, dispensato i magistrati da un giudizio che «per sua natura è più storico-politico che giuridico»⁵⁸ e che, quindi, era stato assegnato ad essi in maniera inappropriata. Per di più, sarebbero venute meno le criticità proprie del vigente *controllo diffuso*, in forza del quale l'accertamento condotto da ciascun tribunale entro i limiti del proprio circondario risultava necessariamente parziale rispetto all'attività svolta a livello nazionale dal gruppo politico: i vizi di questa configurazione non avrebbero potuto essere risolti nemmeno dall'approdo del giudizio in Cassazione, perché anche in quel caso la Suprema Corte si sarebbe dovuta pronunciare esclusivamente sul fatto specifico, senza potersi avvalere di «altri elementi che, sul piano complessivo dell'attività nazionale di un partito, potrebbero portare all'accertamento del carattere fascistico di esso»⁵⁹. In favore della legge *ad hoc* si schierava anche la relazione affidata a Piccardi, che ammoniva sulla sconvenienza di richiedere ai giudici «di pronunciare un giudizio capace di modificare la situazione politica del paese»⁶⁰. Di rilievo, poi, l'intervento di Predieri, il quale riteneva che uno strumento legislativo «con carattere di relativa generalità» e non «di assoluta puntualità» sarebbe stato più utile anche davanti alle future minacce di nuovi partiti neofascisti. Il compito dello scioglimento sarebbe stato espletato dalla Corte costituzionale, concordando con gli altri relatori sulla inopportunità di affidare ai giudici «una valutazione che non può non avere carattere politico»⁶¹.

L'eco dell'incontro – conclusosi con una mozione dai toni molto decisi⁶² – giunse in Parlamento, senza riuscire a ricucire, però, la netta contrapposizione delle posizioni che animavano la discussione.

Parri continuava a ribadire che l'inoperosità della legge Scelba era stata causata dalle difficoltà delle valutazioni richieste alla magistratura, «che finiscono per avere necessariamente carattere politico»⁶³. Dello stesso avviso era anche Terracini: a suo modo di vedere, infatti, la XII disp. non ospitava alcuna riserva di giurisdizione, quindi rendeva ammissibile l'intervento, se del caso esclusivo, del legislatore⁶⁴.

Sul versante opposto, Gava evidenziava come lo scioglimento *ex lege* rischiava di rivelarsi infruttuoso, non potendo né impedire l'immediata ricostituzione del partito disciolto sotto altre etichette, né provocare la decadenza dei parlamentari, che avrebbero continuato a influenzare la politica nazionale in seno alle Camere. La questione si sarebbe dovuta, pertanto, affrontare sul piano giurisdizionale: trattandosi di diritti di libertà – come quelli di riunione, di associazione o di espressione del pensiero – la riserva in favore del giudice, per quanto non espressa, doveva considerarsi implicita e cogente. Alle difficoltà applicative legate alla circoscritta competenza territoriale di ciascun tribunale, che impediva di pronunciare uno scioglimento a livello nazionale, doveva avviarsi non allocando altrove quel potere, ma concentrandolo in un unico organo.

Si affermò, pertanto, l'idea di affidare alla Corte costituzionale, «organo particolarmente idoneo», il compito di giudicare sulla legittimità dei partiti non solo alla stregua della XII disp., ma anche degli artt. 18, 49 e 54 Cost.: così, unitamente all'approvazione di un ordine del giorno di siffatto contenuto, venne deliberato il non passaggio agli articoli del ddl Parri⁶⁵.

legge Scelba; le indagini portarono ad una richiesta di autorizzazione a procedere contro Almirante, quale segretario del MSI. Sul punto, v. *amplius* U. DE SIERVO, *Attuazione della Costituzione*, cit., 3285.

⁵⁸ AA.VV., *Un adempimento improrogabile*, cit., 34.

⁵⁹ *Ivi*, 102.

⁶⁰ *Ivi*, 49.

⁶¹ *Ivi*, 89.

⁶² «Il Convegno ritiene che il Parlamento debba di nuovo avocare a sé il compito dell'integrale attuazione della XII norma finale della Costituzione non limitandosi ad intervenire in sede di conversione di un decreto legge – come già previsto dall'art. 3 della citata legge del 1952 – ma emanando una legge singolare diretta allo scioglimento del Movimento Sociale Italiano ed eventualmente di qualunque altra reincarnazione del partito fascista»: *ivi*, 110.

⁶³ SENATO DELLA REPUBBLICA, sed. pom., 28 novembre 1961.

⁶⁴ Per Banfi, lo scioglimento del partito è stato «mal collocato sotto il profilo giuridico» nella legge Scelba: sed. pom., 29 novembre 1961.

⁶⁵ Sed. pom., 30 novembre 1961.

5. Il seguito giurisprudenziale: Ordine Nuovo e Avanguardia Nazionale

Naufregata ogni ipotesi di intervento diretto del legislatore⁶⁶, negli anni '70 si registrarono alcune applicazioni della legge Scelba contro le formazioni neofasciste.

Nel 1973 il Tribunale di Roma si pronunciò contro il “Movimento Politico Ordine Nuovo”, in un caso che, ancora oggi, rappresenta la decisione di maggior rilievo in materia⁶⁷. Nel giudizio erano coinvolte oltre 40 persone fra organizzatori, dirigenti e meri appartenenti a Ordine Nuovo, che venne stigmatizzato come un «movimento denigratore della democrazia e delle sue istituzioni, basato sulla esaltazione dei principi, dei simboli e dei metodi propri del disciolto partito fascista, dedito alla minaccia e all'uso della violenza quale sistema di lotta politica»⁶⁸.

I giudici dovettero fronteggiare le numerose – e spesso defatiganti – eccezioni di incostituzionalità sollevate dalla difesa degli imputati⁶⁹: *in primis*, sulla natura transitoria della XII disp., che, invece, vieta senza limite temporale, «la promozione di una organizzazione politica che abbia l'ideologia del partito fascista», quali che siano la forma o la denominazione assunte; quindi, sul mancato utilizzo del procedimento *ex art. 138 Cost.* per le leggi di attuazione della Cost.; ancora, sull'aderenza della legge Scelba alla XII disp., che non punisce la mera esternazione di idee, ma «atti concreti rappresentati dalla promozione, organizzazione, direzione e partecipazione» di gruppi neofascisti.

La sentenza ricostruì con dovizia di particolari l'evoluzione del quadro normativo in materia, a partire dal dopoguerra fino ad arrivare alla legge del 1952, della quale veniva fornita un'esegesi completa. In accordo alla dottrina maggioritaria, essa rigettava l'interpretazione polivalente della legge, che non poteva applicarsi a movimenti diversi da quelli neofascisti, nemmeno allorché questi «esaltassero la violenza quale metodo di lotta politica». Le condizioni per l'accertamento richieste dall'art. 1 erano prospettate «in via assolutamente alternativa»: l'organo giurisdicente doveva accertare se il gruppo sospettato perseguisse finalità antidemocratiche – secondo le diverse modalità, a loro volta alternative, indicate nella legge – o elogiassero esponenti e principi fascisti o compisse manifestazioni di tale carattere, nei termini adeguatamente chiariti in sentenza. I giudici rimarcarono, poi, la suddivisione dei compiti tracciata dalla legge Scelba: le sanzioni amministrative dello scioglimento e della confisca erano assunte con un decreto che, per la sua «natura squisitamente politica e quindi assolutamente insindacabile», era affidato al potere esecutivo e non a quello giudiziario. Quest'ultimo doveva occuparsi solo dell'accertamento ai fini penali, che nel caso di specie veniva condotto attraverso un'istruttoria profonda e minuziosa sulle attività dei membri di Ordine Nuovo, sull'organizzazione e sull'ideologia. Al termine dell'analisi, il Tribunale ritenne raggiunta la prova della avvenuta riorganizzazione del partito fascista, non avendo riscontrato solo una «generica nostalgia» o un «vago rimpianto», bensì «uno stretto legame tra questo e il MPON, che fin dal suo sorgere ha creato (anche attraverso una complessa e capillare organizzazione) qualcosa di concreto e di durevole».

In chiusura, il Tribunale dispose la comunicazione del dispositivo al Ministero dell'interno che, senza attendere il deposito delle motivazioni, adottò prontamente il decreto di scioglimento⁷⁰. Tale scelta venne criticata da parte della dottrina, per la quale, in conformità ai principi del sistema processuale penale, si sarebbe dovuto (e si dovrebbe) attendere il passaggio in giudicato prima di

⁶⁶ Cfr. G. MAESTRI, *Paura dei partiti*, cit., 2145 spec. nota 86.

⁶⁷ Trib. Roma, 21 novembre 1973 (depositata il 9 febbraio 1974), in *Giur. cost.*, 1974, 472 ss., con nota di P. PETTA, *Il primo caso di applicazione della “legge Scelba”*.

⁶⁸ Per una ricostruzione delle attività del MPON, v. G. TROMBETTA, *Un caso repubblicano: lo scioglimento del Movimento politico Ordine Nuovo (MPON)*, in Federalismi.it, n. 27/2021, 210 ss.

⁶⁹ Per un quadro complessivo v. Trib. Roma, 16 giugno 1973, in *Giur. cost.*, n. 5/1973, 2561 ss.

⁷⁰ D.m. 23 novembre 1973, *Scioglimento del movimento politico “Ordine Nuovo”*, in *G.U.*, n. 302 del 23 novembre 1973, 7716.

poter ritenere accertata la riorganizzazione del partito fascista⁷¹. Va considerato, d'altro canto, che un indugio eccessivo potrebbe stridere con la «situazione di pericolo concreto determinata dall'attività dell'associazione», la quale richiede di procedere speditamente⁷².

Non meno acceso risulta il dibattito sulla natura del decreto di scioglimento⁷³. Per taluni si tratta di un atto dovuto, alla cui adozione il Ministro è tenuto⁷⁴. Sull'opposto versante si colloca chi ritiene difficile sostenere che «il concorso dell'organo costituzionale preposto a definire la politica generale della nazione» sia limitato all'adozione di «un atto meramente esecutorio dovuto»⁷⁵. La caratura, almeno in parte, politica dell'atto suggerisce di assicurare un margine di discrezionalità del Ministro⁷⁶ sia nell'*an* che nel *quomodo*: ad esempio, qualora dal dato giurisprudenziale non emerga un'indicazione precisa sullo scioglimento del partito a livello nazionale o locale o, ancora, si registrino giudicati contrastanti sul medesimo movimento⁷⁷. In entrambi i fronti, peraltro, si registrano posizioni favorevoli alla revocabilità dell'atto⁷⁸.

Il decreto di dissoluzione di Ordine Nuovo fu sottoposto al vaglio del Consiglio di Stato, che fornì risposta a diversi interrogativi⁷⁹. Preliminarmente, l'alto consesso amministrativo sciolse i dubbi circa la propria giurisdizione: il provvedimento di scioglimento non è un atto *politico*, come tale insindacabile, ma un atto *amministrativo*, ispirato da «motivi politici attinenti alla sicurezza dello Stato», di natura vincolata. Difatti, la «connessione assoluta» che l'art. 3, comma 1, della legge Scelba sancisce fra sentenza e provvedimento imponeva lo scioglimento e la confisca, non residuando alcuna discrezionalità dell'organo esecutivo. I giudici amministrativi chiarirono che il legittimo presupposto del provvedimento andava individuato nell'accertamento contenuto nella sentenza: l'impugnazione o, addirittura, la sospensione della decisione di primo grado non avrebbero inciso in alcun modo sulla misura amministrativa, che non rientrava nella disponibilità del giudice penale. Lo stesso art. 3 non presupponeva una pronuncia irrevocabile, *rectius*, «non postula necessariamente una sentenza penale di condanna», potendosi riscontrare l'accertamento richiesto anche in una decisione di altro genere. Per quanto la legge del 1952 prevedesse pene per i soggetti che riorganizzino il partito fascista, il divieto della XII non andava limitato al solo settore penale, non potendosi quindi «prospettare la necessaria e costante implicazione tra condanna penale irrevocabile e provvedimento di scioglimento e confisca»⁸⁰.

Nella giurisprudenza ordinaria successiva si sono registrati pochi altri casi, concentrati nel medesimo periodo in cui è stato sciolto Ordine Nuovo. Prima a Bologna e poi a Padova i giudici di primo grado hanno accertato la riorganizzazione del partito fascista nelle associazioni “Giovane Italia” e “Fronte universitario d'azione nazionale” e nel Movimento “Ugo Venturini”, da un lato⁸¹, e nel “Fronte della Gioventù”, dall'altro⁸²; in entrambi i casi il dispositivo non è stato comunicato al Ministero e non ha determinato, quindi, lo scioglimento.

⁷¹ Così P. PETTA, *Il primo caso*, cit., 486; dello stesso avviso S. VINCIGUERRA, *Fascismo (sanzioni)*, cit., 925. Pare opportuno ricordare che la decisione di primo grado venne confermata successivamente da Corte app. Roma, sez. I penale, 17 maggio 1978.

⁷² R. TAMIOZZO, *Le nuove norme per la repressione e la prevenzione di attività eversive*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 1/1975, 177.

⁷³ Cfr. G. BRUNELLI, *Struttura e limiti*, cit., 229 s.

⁷⁴ S. VINCIGUERRA, *Fascismo (sanzioni)*, cit., 902; R. TAMIOZZO, *Le nuove norme*, cit., 173; A. PACE, *sub art. 18*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 232.

⁷⁵ P.G. GRASSO, *op. cit.*, 537.

⁷⁶ M. BON VALSASSINA, *Profilo dell'opposizione anticostituzionale nello Stato contemporaneo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 611; P. PETTA, *Il primo caso*, cit., 484.

⁷⁷ P. PETTA, *Le associazioni*, cit. 734 s.

⁷⁸ A. PACE, *sub art. 18*, cit.

⁷⁹ Cons. St., sez. IV, 21 giugno 1974, n. 452, in *Foro it.*, n. 4/1975, 101 ss.

⁸⁰ Già Corte cost., [sent. n. 74 del 1958](#) aveva chiarito che la disposizione della XII «non deve indurre nell'errore di farla considerare quasi come un divieto penale, costretto, nella interpretazione, entro i limiti della sua formulazione espressa».

⁸¹ Trib. Bologna, 17 dicembre 1975, in *Crit. pen.*, 1976, 73 ss.

⁸² Trib. Padova, 16 luglio 1976, in *Giur. it.*, n. 2/1978, 35 ss.

La seconda ipotesi di dissoluzione *ex lege* Scelba si è registrata nel 1976 nei confronti del movimento “Avanguardia Nazionale”, ancora una volta a seguito della decisione, non definitiva, del tribunale⁸³.

Quelli di Ordine Nuovo e Avanguardia Nazionale rimangono, dunque, tuttora, gli unici casi di scioglimento di gruppi neofascisti, eccezion fatta per “Fronte Nazionale” che, però, è stato sciolto sulla base dell’art. 7, comma 3, della legge Mancino⁸⁴.

6. *La dimensione costituzionale della questione in una prospettiva di riforma*

A quasi settant’anni dalla sua approvazione, la legge Scelba è tornata al centro della discussione politica nella ricerca di una risposta delle istituzioni adeguata ai fatti che hanno visto come protagonisti i vertici di Forza Nuova.

Il dibattito parlamentare non ha prodotto un esito unanime, bensì delle conclusioni significativamente differenti fra loro quanto a contenuti patrocinati. Le forze di centrosinistra hanno approvato in Senato un ordine del giorno che impegna il Governo a valutare le modalità con cui attuare la XII disp. e la legge Scelba, «adottando i provvedimenti di sua competenza per procedere allo scioglimento di Forza Nuova e di tutti i movimenti politici di chiara ispirazione fascista»⁸⁵. I partiti di centrodestra, invece, hanno sostenuto una mozione in forza della quale il Governo deve analizzare come «contrastare tutte – nessuna esclusa – le realtà eversive» e dare seguito alle future pronunce giudiziarie sugli avvenimenti del 9 ottobre⁸⁶. Le mozioni dei due schieramenti sono state approvate tramite un sistema di astensioni incrociate; solo una terza mozione – sullo scioglimento di Forza Nuova nel caso in cui sopraggiunga una sentenza del tribunale – presentata da alcuni esponenti del gruppo misto ha ricevuto l’avallo di tutta la Camera.

La forte risonanza mediatica suscitata dalla vicenda aveva fatto emergere, in un primo momento, la possibilità di attivare il rimedio di cui all’art. 3, comma 2, della legge Scelba. L’ipotesi è stata, però, rapidamente accantonata, con ogni probabilità sulla base delle medesime ragioni per cui tale misura rimane tuttora *inedita*: la fattispecie non presentava quei requisiti – di intensità della minaccia, prossimità del pericolo, seguito elettorale della formazione politica – che dovrebbero giustificare una così risoluta reazione. L’esecutivo non ha ravvisato, pertanto, l’opportunità politica di tale iniziativa.

È ragionevole ipotizzare che la vicenda proseguirà nelle aule giudiziarie; ciò che appare più difficile da prevedere, invece, è il suo esito, quantomeno se si guarda al precedente, non troppo risalente, delle considerazioni offerte dal GUP del Tribunale di Castrovillari in un processo che vedeva coinvolta una sezione locale di Forza Nuova⁸⁷. Il giudice calabrese, sulla base dell’istruttoria condotta, ha riscontrato, è vero, l’adozione di alcuni principi dell’ideologia fascista come ispiratori di FN «per la propria azione politica»; ma ha, poi, ritenuto che il gruppo non avesse perseguito attività «volte ad annullare o menomare la dialettica democratica, ad impedire il confronto politico, ad annientare sul piano sia ideologico che fisico gli avversari» – come avevano, invece, «storicamente agito il partito ed il regime fascista». La sola caratura fortemente conservatrice della compagine non

⁸³ Trib. Roma, sez. VII penale, 5 giugno 1976 (non pubblicata) e d. m. dell’8 giugno 1976, *Scioglimento del movimento politico “Avanguardia nazionale”*, in *G.U.* n. 150 del 9 giugno 1976.

⁸⁴ Cass. pen., sez. I, 7 maggio 1999, n. 7812; d.m. 9 novembre 2000, *Scioglimento del movimento politico “Fronte nazionale”*, in *G.U.*, n. 271 del 20 novembre 2000, 8. In dottrina, cfr. B. PEZZINI, *Attualità e attuazione*, cit., 1397; G. MAESTRI, *Paura dei partiti*, cit., 2172 s.; A.J. GOLIA, *L’antifascismo della Costituzione italiana alla prova degli spazi giuridici digitali. Considerazioni su partecipazione politica, libertà d’espressione online e democrazia (non) protetta in CasaPound c. Facebook e Forza Nuova c. Facebook*, in Federalismi.it, n. 18/2020, 153.

⁸⁵ Il testo, che accoglie il contenuto di diverse mozioni presentate separatamente e poi ritirate, è stato approvato dal Senato il 20 ottobre, mentre il giorno successivo è stata approvata dalla Camera una mozione del medesimo tenore.

⁸⁶ Valgono le stesse considerazioni di cui alla nota precedente.

⁸⁷ Trib. Castrovillari, 6 aprile 2005, in *Giur. merito*, n. 11/2006, 2474 ss., con nota di G. BIONDI, *È ancora attuale la norma che punisce le associazioni finalizzate alla riorganizzazione del disciolto partito fascista*, ivi, 2483 ss.

è stata ritenuta, pertanto, idonea per poter sostenere «con sufficiente tranquillità» l'assimilazione tra FN e il partito fascista «sotto l'aspetto più marcatamente programmatico e formale».

Ragionando in via conclusiva, l'analisi delle criticità dei due sentieri che alternativamente possono condurre alla repressione delle forze neofasciste impone, dunque, una più ampia riflessione sulle (auspicabili) prospettive di riforma del sistema vigente.

Va respinta, in via preliminare, qualsiasi interpretazione estensiva della XII disp. fin. Cost., poiché essa racchiude un'eccezione grave e specifica che – per le ragioni storiche, politiche e giuridiche a cui in questa sede si è fatto riferimento – non può trovare applicazione al di fuori del tracciato stabilito nel 1947.

L'art. 1 della legge Scelba si è conformata a questo indirizzo descrivendo la riorganizzazione del partito fascista con indicazioni generiche ma non indefinite, che possono trovare opportuno riscontro attraverso un'istruttoria completa. Il testo normativo risulta inidoneo, quindi, non tanto sul piano definitorio, quanto per l'attribuzione di questo compito alla magistratura, in prima battuta, o al Governo, per i casi urgenti.

Il controllo svolto dai tribunali ordinari, infatti, non può che essere *parziale*, perché circoscritto entro le coordinate, soggettive e oggettive, del caso di specie: la limitatezza dello scrutinio potrebbe portare ad esiti insoddisfacenti laddove venisse coinvolta una cellula, per così dire, *divergente* (in positivo o in negativo) rispetto al partito nazionale, oppure – come sembrerebbe essere accaduto nel suddetto processo di Castrovillari – fossero raccolti elementi indizianti ma, proprio perché incompleti, insufficienti per dichiarare con ragionevole sicurezza la natura fascista del gruppo. La delicatezza dell'accertamento si iscrive, poi, nelle ordinarie tempistiche dell'azione giudiziaria, spesso non sufficientemente celeri per garantire l'effettività delle misure. La questione di fondo di tale assetto rimane, in ogni caso, la valutazione sostanzialmente politica richiesta ai magistrati al fine di sussumere i programmi, le esternazioni e le attività di un partito entro la cornice della legge Scelba, dovendosi accertare in sede *penale* i presupposti di un illecito *costituzionale*, laddove si tratta di una competenza evidentemente estranea all'attività del giudice comune.

Nella diversa ipotesi dell'intervento governativo vengono eliminati alla radice i rischi di parzialità dell'istruttoria o di decisioni contrastanti, assicurando così una risposta completa e rapida. In maniera uguale e contraria rispetto al potere giudiziario, però, la disamina delle caratteristiche e della natura di un partito da parte dell'esecutivo potrebbe risultare eccessivamente condizionata dalle ricadute politiche, a tacere dei possibili dubbi sulla imparzialità della stessa.

Non appare scevro da censure, infine, nemmeno il provvedimento di dissoluzione dei gruppi neofascisti. Qualora si accolga – come ha fatto il Consiglio di Stato⁸⁸ – la tesi della natura vincolata del decreto ministeriale *post sententiam*, vale a dire per i casi che non richiedono una spedita risoluzione, allora sarebbe maggiormente opportuno richiedere all'art. 3, comma 1, il passaggio in giudicato della pronuncia giudiziaria: è vero che lo scioglimento adottato sulla base di una sentenza poi riformata potrebbe essere revocato, ma si consoliderebbe, nel frattempo, una lesione della sfera politica del partito non risarcibile *in forma specifica*. D'altro canto, a voler qualificare l'atto come discrezionale – così da lasciare al Governo un minimo margine di manovra, ad esempio, per ponderare la scelta di sciogliere un partito a livello nazionale o solo in una sua dimensione locale – si correrebbe il rischio di rendere il decreto ministeriale insindacabile. Da questo punto di vista l'adozione del decreto-legge *ex art. 3, comma 2*, appare maggiormente garantista, perché comporta, come minimo, un'assunzione di responsabilità del Parlamento in sede di conversione, oltre che l'eventuale scrutinio di ragionevolezza della Corte costituzionale. A ulteriore conferma della inadeguatezza del sistema italiano di scioglimento dei partiti depone, peraltro, anche una qualche dissonanza in seno al panorama comparatistico europeo⁸⁹. In Germania il processo di incostituzionalità dei partiti si svolge davanti al *Bundesverfassungsgericht* ed è accompagnato da una serie di guarentigie che compongono il c.d. *Parteienprivileg* (art. 21 GG): il potere esecutivo (federale o regionale) e i due rami del

⁸⁸ Nella già richiamata sentenza n. 452/1974.

⁸⁹ Per una più ampia disamina della questione, si rinvia ancora a G. DONATO, *Modello costituzionale dei partiti*, cit., 118 ss. e alla bibliografia ivi citata.

Parlamento federale detengono solo la legittimazione attiva per instaurare il giudizio, mentre non possono adottare alcun tipo di misura cautelare; l'istanza deve superare un preliminare giudizio di ammissibilità, garantendo i diritti di difesa dei rappresentanti dei partiti convenuti, e, infine, la decisione sullo scioglimento deve essere adottata con la maggioranza dei due terzi del BVerfG⁹⁰. In maniera analoga la Costituzione portoghese assegna al Tribunale costituzionale il compito di sciogliere le organizzazioni «*que perfilhem a ideologia fascista*» (art. 46, co. 4; art. 223, co. 2, lett. e). Differisce, invece, il modello spagnolo in cui sono legittimati ad avviare il procedimento il *Ministerio Fiscal* e il Governo (autonomamente o su iniziativa del Parlamento), mentre la giurisdizione, a seconda dei casi, spetta al giudice penale o alla *Sala Especial del Tribunal Supremo*⁹¹. Il *Tribunal Constitucional* può, comunque, essere coinvolto nella procedura attraverso un *recurso de amparo* contro la sentenza definitiva. Nella dimensione *de iure condendo*, quindi, dovrebbe (ri)afferinarsi la caratura costituzionale del problema, attribuendo competenza piena ed esclusiva alla Corte costituzionale⁹². Nel 1952 non fu adeguatamente soppesata l'ipotesi di affidare il compito dello scioglimento al giudice costituzionale, visto che non era stato ancora istituito. Il ddl Parri fu rigettato, invece, approvando al contempo un ordine del giorno con cui si individuava nella Corte l'organo idoneo a un controllo sui partiti: non solo *ex XII disp.*, ma, in via generale, anche in forza degli artt. 18, 49 e 54 Cost. Mettendo da canto il diverso – seppur, in qualche misura, collegato – ++problema della democrazia interna ai partiti, la scelta di incardinare il processo di scioglimento unicamente in capo al giudice costituzionale non determinerebbe, ad avviso dello scrivente, una modifica della concezione di democrazia “non protetta” accolta nell'ordinamento interno, ma rappresenterebbe la risposta giuridicamente più consona alle criticità sollevate. L'accertamento per mano della Corte assicurerebbe, anzitutto, un'indagine sul partito *in toto* e non soltanto su una delle sue propaggini, soddisfacendo le esigenze di stabilità e sicurezza del sistema politico. Nell'*iter* di revisione costituzionale e, ancor di più, di modifica delle altre leggi che regolano la Corte e la giustizia costituzionale potrebbe configurarsi un procedimento con termini non eccessivamente dilatati, contrassegnato dagli imprescindibili diritti di difesa e di tutela del contraddittorio che già si riscontrano, ad esempio, in Germania. Come nel caso tedesco, sarebbe opportuno riconoscere la legittimazione attiva del potere esecutivo che, come visto, gode di una prospettiva migliore rispetto alla magistratura ordinaria per esaminare la questione. La valutazione della Corte costituzionale sarebbe in grado di fornire adeguata tutela ai profili politici e giuridici delle vicende senza compromettere l'imparzialità necessaria⁹³. La natura eccezionale, di rottura, della XII disp. solleva un chiaro problema di tenuta dell'ordinamento costituzionale: non può che essere la Corte costituzionale, organo di garanzia e di chiusura del sistema, ad assicurare un'adeguata risposta.

⁹⁰ Cfr. *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht – BverfGG* del 12 marzo 1951

⁹¹ Cfr. *Ley Orgánica de Partidos Políticos - LOPP* del 27 giugno 2002, n. 6 -.

⁹² A favore di questa soluzione fu P. Calamandrei, ASSEMBLEA COSTITUENTE, Plen. 4 marzo 1947; P. PETTA, *Le associazioni*, cit. 748. U. DE SIERVO, *Attuazione della Costituzione*, cit., 3308. Secondo A. SAIITA, *È possibile sciogliere il movimento politico Forza Nuova prima che una sentenza ne abbia accertata la natura neo-fascista?* in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2021, sarebbe «costituzionalmente corretto» (anche se realisticamente non prevedibile) affidare alla Consulta questa competenza.

⁹³ Non va taciuto, poi, che solo una sentenza della Corte costituzionale appare uno strumento idoneo per dichiarare la decadenza di eventuali parlamentari appartenenti ai partiti neofascisti disciolti.

Maria Chiara Errigo

*The most dangerous branch? La Corte Suprema e il Texas Heartbeat Act**

ABSTRACT: *The paper regards the protection of the right to abortion in the United States. Particularly, the contribution focuses on the latest Texas legislation (Texas Heartbeat Act, S.B. 8), in relation to the precedents of Roe v. Wade (1973) and Planned Parenthood v. Casey (1992), and on the role played by the Supreme Court to consider the Texas law and, more broadly, to guarantee the constitutional right to abortion in USA.*

SOMMARIO: 1. Un sistema ‘fragile’. – 2. La Corte Suprema e il *Texas Heartbeat Act*. – 3. Fra tutela dei diritti e orientamento politico. – 4. Una questione ancora aperta.

1. *Un sistema ‘fragile’.*

La decisione sul caso *Roe v. Wade*, attraverso la quale è stato possibile riconoscere e affermare il diritto di aborto, fornendone un proprio inquadramento a livello costituzionale, continua ad essere attraversata da tensioni culturali e politiche, tali da porre in discussione il sistema di garanzie precedentemente individuato¹.

La questione dell’aborto, e delle sue declinazioni operative, rappresenta, in generale, un tema problematico e fortemente divisivo. Negli Stati Uniti, il dibattito sembra essersi ormai completamente polarizzato, rendendo sempre più precario quell’equilibrio che si era raggiunto – non senza difficoltà – con il caso di *Roe v. Wade*, (1973), e poi nuovamente assestatosi con la pronuncia *Planned Parenthood v. Casey* (1992).

In particolare, con la sentenza del 1973, sono state dichiarate illegittime tutte quelle normative che, come quella texana, oggetto dell’impugnazione, vietavano l’accesso all’interruzione di gravidanza, delineando un nuovo ‘approccio’ al tema. A partire da *Roe v. Wade*, l’aborto, dunque, non solo non è più un reato, ma diventa un fatto privato², una scelta della donna, che trova la propria legittimazione costituzionale nel quadro di tutela del diritto alla privacy (secondo l’opinione di maggioranza della Corte “[t]his right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment’s concept of personal liberty and restrictions upon state action, as we feel it is, [...] is broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy [...]”, Opinion of the Court, *Roe v. Wade*, 153)³. Non si tratta, però, di una libertà ‘assoluta’; essa deve confrontarsi con l’interesse dello Stato a tutelare la vita potenziale e la salute del feto. In questo senso, la Corte Suprema elabora, in quella sede, il cosiddetto *trimester framework*, prevedendo un intervento progressivo dello Stato, con l’evolversi della gravidanza: se nel corso del primo trimestre, la scelta di abortire è nella piena

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Sul punto, si veda S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell’America di Trump*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2021, n. 2.

² La tutela della *privacy* è estesa anche alla relazione medico-paziente, attraverso la quale le due ‘parti’ devono essere in grado di individuare la soluzione di cura preferibile, alla luce dell’esigenze di tutela della salute della donna. In questo senso, la decisione stabilisce che “[...] for the period of pregnancy prior to this “compelling” point, the attending physician, in consultation with his patient, is free to determine, without regulation by the State, that, in his medical judgment, the patient’s pregnancy should be terminated. If that decision is reached, the judgment may be effectuated by an abortion free of interference by the State [...]” (*Roe v. Wade*, 163). Il momento della ‘consultazione’, della riflessione tra medico e paziente ricorre in vari punti della sentenza, specificandone l’importanza e il carattere ‘privato’ di questa relazione, rispetto alla quale nemmeno l’interesse dello Stato a proteggere la vita potenziale “[...] justified broad limitations on the reasons for which a physician and his pregnant patient might decide that she should have an abortion in the early stages of pregnancy” (*Roe v. Wade*, 156).

³ In relazione all’affermazione del diritto di *privacy*, cfr. S. WARREN, L. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, vol. 4, n. 5, il cui riferimento è soprattutto alla tutela dei dati personali rispetto alla stampa e ai mezzi di comunicazione in generale. Il diritto di *privacy* conosce poi una forte estensione andando a ricomprendere anche scelte di libertà procreativa della coppia, in tema di contraccezione (c.d. “*marital privacy*”), cfr. *Griswold v. Connecticut* 381 US 479 (1965).

discrezionalità della donna, risulta possibile solo a determinate condizioni di salute nel secondo, fino ad arrivare al momento di ‘*viability*’ del feto, in cui l’aborto sarebbe accessibile soltanto in caso di pericolo di vita della gestante⁴.

Tuttavia, il ‘bilanciamento’ elaborato con *Roe v. Wade* non è mai stato del tutto ‘metabolizzato’ all’interno del tessuto sociopolitico americano, con varie controversie, arrivate fino alla Corte Suprema, nell’intento di ridimensionare il quadro di tutele così articolato⁵. E’ soltanto nel 1992, però, con la pronuncia sul caso *Planned Parenthood v. Casey*, che gli equilibri delineati con *Roe* subiscono un cambiamento concreto: la Corte Suprema, pur riaffermando il precedente storico del 1973, interviene modificando alcuni tratti caratterizzanti della decisione, determinando l’abbandono del cosiddetto *trimester framework* e l’introduzione del canone dell’*undue burden*, in base al quale le discipline statali in tema di aborto risultano legittime soltanto laddove non si traducano in un ostacolo ingiustificato all’esercizio della libertà decisionale della donna. La sentenza, pur non sovvertendo quanto affermato con *Roe*, è stata ritenuta, però, anche molto ‘ambigua’, in quanto ha introdotto un criterio più flessibile e ‘sfuggente’, creando le condizioni per l’entrata in vigore di discipline più rigide e potenzialmente limitative della libertà di scelta della donna⁶.

Il tema dell’aborto, dunque, è stato (e continua ad essere) terreno di forte scontro politico, con costanti tentativi di revisione della normativa vigente da parte del ramo più conservatore⁷. Si pensi, ad esempio, ai più recenti casi, come *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt* (2016), *June medical service v. Russo* (2020), nell’ambito dei quali le normative proposte (poi dichiarate illegittime dalla Corte Suprema) non introducevano un divieto in sé, ma limitazioni ‘indirette’, che, tuttavia, avrebbero poi reso di fatto molto più difficoltoso l’accesso alle procedure di interruzione volontaria di gravidanza⁸.

⁴ “A state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a lifesaving procedure on behalf of the mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment: (a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman’s attending physician. (b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health. (c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life may, if it chooses, regulate, and even proscribe, abortion except where it is necessary, in appropriate medical judgment, for the preservation of the life or health of the mother.”, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁵ Cfr., ad esempio, *Akron v. Akron Center for Reproductive Health* 462 US 416 (1983), nell’ambito del quale l’ordinanza emessa dal Comune di Akron in Ohio, volta a regolamentare le procedure di aborto nel secondo trimestre, forniva una serie di prescrizioni che finivano per tradursi in meccanismi dissuasivi finalizzati ad ostacolare le scelte della gestante; o, ancora, cfr. *Webster v. Reproductive Health Services* 492 US 490 (1989), il cui esito mostra come gli equilibri, anche all’interno della Corte, sulle questioni dell’aborto fossero effettivamente fragili. In questo caso, la Corte fa ‘salva’ la legge del Missouri che introduceva una serie di limitazioni all’esercizio del diritto di aborto, affermando, tuttavia, di non mettere in discussione quanto stabilito dal precedente *Roe v. Wade*, nelle sue parti ‘essenziali’.

⁶ Il criterio dell’*undue burden* (c.d. onere eccessivo) comporta una maggiore flessibilità nella valutazione della legittimità costituzionale delle normative in tema di aborto, le quali non potevano, in alcun modo, comportare un peso ‘ingiustificato’, che potessero ostacolare in via indiretta o comunque rendere maggiormente difficoltoso l’accesso all’interruzione volontaria di gravidanza. La sentenza *Planned Parenthood v. Casey* del 1992 ha rappresentato comunque l’affermazione di nuove modalità di bilanciamento rispetto a quanto deciso con *Roe v. Wade*. Sul punto, si veda, V. BARSOTTI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti e la questione dell’aborto: verso una nuova maggioranza?* in *Il Foro italiano*, 1992, n. 12; A. RIZZIERI, *L’aborto nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, n. 3.

⁷ Seppure il bilanciamento operato nel 1973 abbia subito espressamente, soltanto con *Casey*, una parziale *overrule*, nel corso tempo si è assistito ad una progressiva erosione del perimetro di quella libertà affermata con *Roe*, cfr., ad esempio, il caso *Gonzales v. Carhart* 550 US 124 (2007), in cui la Corte affermò la legittimità costituzionale del cosiddetto *Partial-Birth Abortion Act*, il quale vietava l’utilizzo di una particolare tecnica abortiva, impiegata dal personale medico dopo il primo trimestre. Sul punto si veda, in particolare, il commento di A. SPERTI, *sentenza 18 aprile 2007; Pres. Roberts; Gonzales v. Carhart et al.; Gonzales v. Planned Parenthood Federation of America et al.*, in *Il Foro Italiano*, 2007, vol. 130, nn. 7/8.

⁸ Si fa riferimento alle recenti decisioni *Whole Woman’s Health et al. v. Hellerstedt* 579 US (2016), relativa ad una disciplina del Texas, e *June Medical Services v. Russo* 591 U.S. (2020), concernente una normativa del Louisiana. In entrambi i casi, le normative hanno riguardato l’entrata in vigore dei cosiddetti *active admitting privileges*, una sorta di

Se, però, fino ad ora la Corte Suprema era riuscita a ‘contenere’ queste azioni e a preservare il tenore costituzionale del diritto di scelta della donna di accedere o meno alle operazioni di aborto, oggi questo equilibrio sembra aver raggiunto un punto di rottura. Il primo settembre 2021, infatti, lo Stato del Texas ha sancito l’entrata in vigore del cosiddetto “*Heartbeat Act*” in base al quale, le procedure di aborto risultano possibili soltanto entro le prime 6 settimane dall’inizio della gravidanza, momento a partire dal quale è solitamente possibile rintracciare l’attività cardiaca del feto. La normativa si traduce in un divieto *de facto* all’accesso all’aborto (basti pensare che l’interruzione di gravidanza non è consentita nemmeno nei casi di stupro e incesto); il limite temporale fissato dalla legge in esame è troppo ‘breve’ e interviene troppo ‘presto’, quando ancora la donna, molto spesso, non ha avuto tempo di rendersi conto della gravidanza in corso (l’inizio della gestazione viene convenzionalmente individuato nel primo giorno dell’ultimo ciclo mestruale). Se, dunque, nel 1973 si affermava che l’art. 1196 del codice penale texano “[...] *in restricting legal abortions to those procured or attempted by medical advice for the purpose of saving the life of the mother*” *sweeps too broadly. The statute makes no distinction between abortions performed early in pregnancy and those performed later, and it limits to a single reason, “saving” the mother’s life, the legal justification for the procedure. The statute, therefore, cannot survive the constitutional attack made upon it here [...]*” (*Roe v. Wade* 410 US 113 1973), la nuova legge sembra far rivivere, nella sostanza, quanto previsto precedentemente, consentendo, di fatto, la possibilità di accedere all’aborto soltanto in caso di emergenza medica e di tutela della salute della donna.

Oltre a ciò, la normativa riconosce ai singoli cittadini una sorta di potere di attuazione ‘diffuso’, attribuendo agli stessi la facoltà di agire in giudizio contro chiunque esegua o comunque faciliti le procedure di aborto, in violazione dei limiti fissati dalla legge medesima. A tal fine, è stato inserito anche una sorta di meccanismo, per così dire, incentivante, in base al quale il cittadino che fa causa può ottenere, in caso di vittoria, una somma, a titolo di risarcimento, pari almeno a 10.000 dollari, mentre, in caso contrario, risulta comunque esentato dal pagamento delle spese processuali⁹.

La legge texana era stata inizialmente impugnata davanti alla Corte distrettuale federale a luglio 2021 nel tentativo di bloccare l’entrata in vigore, e, a seguito del diniego ottenuto in questa sede, era stato fatto ricorso anche davanti alla Corte d’Appello del 5^o circuito, approdando, infine, alla Corte Suprema, che ha respinto tale richiesta, sulla base di motivi di carattere processuale, senza pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della normativa. La decisione di non bloccare fin da subito la sua entrata in vigore è, probabilmente, anche il risultato di un nuovo ‘assetto’ della Corte Suprema (caratterizzato da una forte ‘pendenza’ verso il piano conservatore), che fa riflettere sul confine (a volte, labile) fra politica e diritto.

requisito necessario che attribuiva ai medici la possibilità di ricoverare le pazienti, in caso di complicazioni, presso determinate strutture ospedaliere, e, dunque, poter svolgere eventuali esami diagnostici o ulteriori operazioni chirurgiche. Secondo la legge, avrebbero potuto godere di questi ‘privilegi’, quei medici che fossero stati ritenuti “*a member in good standing*”, ossia ‘membri in piena regola’, senza aggiungere ulteriori elementi utili a definire questa condizione. Di fatto, le nuove regole avrebbero creato forti limitazioni in termini di fruizione dei servizi sanitari, traducendosi in un “ostacolo ingiustificato” all’esercizio della libertà decisionale della donna. Con riguardo ai casi indicati, si veda, in particolare, M. GOODWIN, *A Whole Woman’s Health v. Hellerstedt: The Empirical Case Against Trap Laws*, in *Medical Law Review*, 2017, Vol. 25, n. 2; A. BARAGGIA, *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt: nuove dimensioni del diritto all’aborto negli Stati Uniti*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, n. 1; E. CHIEREGATO, *La Corte Suprema condanna la chiusura delle cliniche abortive: un commento a “Whole Woman’s Health et al. v. Hellerstedt”*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2016; L. PELUCCHINI, *De similibus idem est iudicium: la Corte Suprema statunitense sull’incostituzionalità della legge della Louisiana in materia di aborto*, in *Diritti Comparati*, 29 luglio 2020; L. BUSATTA, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema torna sull’aborto*, in *DPCE Online*, 2020; G. BORCHELT, *When a ‘win’ is not a win*, in *Scotus Blog*, testo disponibile alla pagina: <https://www.scotusblog.com/2020/06/symposium-june-medical-services-v-russo-when-a-win-is-not-a-win/>.

⁹ “[...] *If a claimant prevails in an action brought under this section, the court shall award: (1) A injunctive relief sufficient to prevent the defendant from violating this chapter or engaging in acts that aid or abet violations of this chapter; (2) A statutory damages in an amount of not less than \$10,000 for each abortion that the defendant performed or induced in violation of this chapter, and for each abortion performed or induced in violation of this chapter that the defendant aided or abetted [...]*”, Texas Heartbeat Act, section 178.208.

2. La Corte Suprema e il Texas Heartbeat Act

La decisione della Corte in merito al caso del [*Texas Heartbeat Act \(Whole Woman's Health v. Jackson 594 U. S. 2021, docket no. 21A24\)*](#), dunque, sembra essere uno ‘specchio’ degli equilibri politici americani, restituendo l’immagine di una società profondamente divisa (4 le opinioni dissenzienti, fra cui anche quella del *Chief Justice* Roberts).

A seguito del ricorso presentato il 30 agosto 2021, quale ultimo estremo tentativo per bloccare la normativa texana, la Corte Suprema è rimasta in silenzio, intervenendo soltanto 24 ore dopo l’entrata in vigore della legge impugnata, con un breve *unsigned order*, che ha confermato il rigetto del ricorso d’urgenza precedentemente formulato. I giudici hanno sottolineato come la decisione non verta sulla costituzionalità della legge impugnata, che ben potrà essere oggetto di altri giudizi, ma riguardi soprattutto aspetti formali. In particolare, secondo l’opinione di maggioranza, proprio il carattere della normativa, che attribuisce a ciascun cittadino la possibilità di agire in giudizio per ‘denunciare’ le pratiche di aborto impedirebbe di individuare nello Stato (e dunque, nei rappresentanti statali) i soggetti primi deputati a rendere operativa la nuova legge. Il legislatore texano, al fine di sfuggire ad eventuali possibili pronunce di incostituzionalità, ha ideato uno schema normativo ‘diverso’, che formalmente sembra mantenere ‘lontana’ l’ingerenza dello Stato, affidando al singolo l’esercizio del potere di supervisionare la corretta applicazione della nuova legge. In questo senso, l’impugnazione della normativa contro i rappresentanti dello Stato potrebbe non essere del tutto esatta, proprio in quanto l’attuazione concreta della stessa è demandata direttamente ai cittadini¹⁰. Sembrerebbe un paradosso, e in effetti, come sottolinea il *Chief Justice* Roberts, il modello normativo considerato non è semplicemente inusuale, ma “unprecedented”. Delegando al singolo l’attuazione della legge, l’obiettivo sembra quello di “*insulate the State from responsibility for implementing and enforcing the regulatory regime*”¹¹. Il giudice, nella propria *dissenting opinion*, richiama questo particolare aspetto, affermando che, in forza della novità della questione e della portata del tema, sarebbe stato più opportuno sospendere l’entrata in vigore della normativa impugnata e lasciare alle Corti lo spazio per comprendere se uno Stato possa effettivamente eludere la propria responsabilità attraverso meccanismi di questo tipo¹². In questo senso, si collocano anche le altre *dissenting opinion*; in particolare, appaiono emblematiche le parole della Giudice Sotomayor, la quale ha definito la decisione come “*stunning*”, aggiungendo che l’impostazione della nuova legge è “*unteneable*” e configura un vero e proprio atto di sfida nei confronti della Costituzione, dei precedenti della Corte e del diritto della donna ad accedere alle procedure di aborto.

Pare interessante notare come la Corte Suprema avesse già affermato nell’ambito di un precedente giudizio, in tema di aborto, che “[*the*] State cannot delegate [...] a veto power which the state itself is absolutely and totally prohibited from exercising during the first trimester of pregnancy. [...] the State cannot delegate authority to any particular person [...] to prevent abortion during that same period”¹³. Il caso richiamato, *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* del 1976, può

¹⁰ Come sottolinea nella sua *dissenting opinion* la Giudice Sotomayor, “*To circumvent it, the Legislature took the extraordinary step of enlisting private citizens to do what the State could not. The Act authorizes any private citizen to file a lawsuit against any person who provides an abortion in violation of the Act, “aids or abets” such an abortion (including by paying for it) regardless of whether they know the abortion is prohibited under the Act, or even intends to engage in such conduct*”.

¹¹ [*Whole Women's Health v. Jackson*](#), Justice Roberts dissenting opinion.

¹² “[...] *The State defendants argue that they cannot be restrained from enforcing their rules because they do not enforce them in the first place. I would grant preliminary relief to preserve the status quo ante—before the law went into effect—so that the courts may consider whether a state can avoid responsibility for its laws in such a manner [...]*”, *Whole Women's Health v. Jackson*, Justice Roberts dissenting opinion.

¹³ Il caso di riferimento è *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U. S. 52 (1976) richiamato nella *dissenting opinion* del Giudice Breyer, il quale mostra, in questo modo, come invece la normativa texana stia realizzando proprio il contrario di quanto rimarcato in quella precedente decisione, delegando di fatto ad ogni privato cittadino la possibilità di intervenire sulle procedure di aborto già durante il primo trimestre (“*I recognize that Texas’s law delegates the State’s power to prevent abortions not to one person (such as a district attorney) or to a few persons (such as a group*

essere considerato una sorta di ‘corollario’ della *Roe v. Wade*, attraverso il quale la Corte riafferma la libertà decisionale della donna, rimarcando il carattere ‘privato’ di questa scelta (in quella sede la Corte aveva dichiarato illegittimo il cosiddetto *spousal consent*, ossia il consenso del marito alle procedure di aborto, cercando di eliminare ogni possibile condizionamento alla libertà della donna in questa fase). La Corte stabilisce, così, che nessuno (né lo Stato, né alcun altro soggetto ‘delegato’) può intervenire limitando la capacità di scelta della gestante nell’ambito del primo trimestre della gravidanza.

Il passaggio è significativo se letto in relazione alla nuova normativa texana, che, invece, si inserisce in questo stretto spazio temporale, alterando il potere di autonomia della donna e creando un ‘diritto’ di veto in capo al singolo. Si tratta di una ‘delega sostanziale’ dello Stato sui propri cittadini, un meccanismo che appare controverso non soltanto da un punto di vista formale e sostanziale della tutela dei diritti in gioco, ma anche sul profilo dei rapporti sociali, trasformando ciascun cittadino in un potenziale “bounty hunter”¹⁴.

La normativa texana, in una prospettiva di deresponsabilizzazione della compagine statale, non solo viola quella sfera di ‘privacy’ costituzionalmente tutelata, in cui rientra anche il diritto di aborto, ma contribuisce a creare un clima di diffidenza generale fra i cittadini, legittimati ad intervenire su una materia delicata e personale, la cui tutela appare, in questo modo, completamente ‘sgretolata’. In questo senso, è stato sottolineato come il disegno della normativa texana e la decisione della Corte vadano oltre la dimensione del diritto di aborto, destando forti preoccupazioni l’idea che uno Stato possa affidare ai privati l’attuazione di una certa legge e, in questo modo, eludere un possibile controllo di costituzionalità, con la prospettiva che “[i]f such a rule were to be adopted, there is nothing to stop states with very different political motivations from trying the same approach [...]”¹⁵.

4. Fra tutela dei diritti e orientamento politico.

La difficoltà di riuscire a mantenere un equilibrio su questioni culturalmente così divisive, come quella del diritto di aborto, è probabilmente da ricercarsi nella complessità dei rapporti tra politica e diritto, di cui la nomina dei giudici supremi rappresenta uno dei momenti di massima ‘tensione’¹⁶.

Sulla base di quanto indicato nella cosiddetta *Appointment Clause*¹⁷, la disposizione che disciplina nelle sue linee generali questo delicato procedimento, l’individuazione di tali personalità è effettuata da parte del Presidente degli Stati Uniti e deve essere poi confermata dal Senato attraverso la procedura di *advise and consent*, che si compie attraverso una serie di udienze, tenute, dapprima, davanti al *Senate Judiciary Committee*, e, poi, di fronte all’intera Assemblea¹⁸. Ciò che emerge – e

of government officials or private citizens) but to any person. But I do not see why that fact should make a critical legal difference”, Justice Breyer, dissenting opinion).

¹⁴ Come sottolinea nella sua *dissenting opinion* ancora la Giudice Sonia Sotomayor “*In effect, the Texas Legislature has deputized the State’s citizens as bounty hunters, offering them cash prizes for civilly prosecuting their neighbors’ medical procedures*”.

¹⁵ G. COHEN, E. Y. ADASHI, L. O. GOSTIN, *The Supreme Court, the Texas Abortion Law (SB8) and the beginning of the End of Roe v. Wade*, in [Jama Network](#), 23 settembre 2021.

¹⁶ In questi termini si veda, L. P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *DPCE*, 2017, n. 3

¹⁷ Art. 2 sez. 2, U.S. Constitution: “*The President [...] shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law [...]*”.

¹⁸ Se, da una parte, l’*Appointment Clause*, può considerarsi espressione del principio di separazione dei poteri, incardinando su due ‘figure’ diverse la nomina di soggetti di alto profilo istituzionale, dall’altro, non specifica il ‘peso’ del ruolo del Senato nell’ambito della procedura, che, lungi dall’essere stato precisato nel corso del tempo attraverso prassi e soluzioni interpretative uniformi, rimane ancora una questione non del tutto risolta. Se si guarda ai lavori della Convenzione del 1787, sembra che il ruolo affidato al Senato non volesse essere semplicemente ‘formale’, ma una vera e propria verifica dei caratteri del candidato, con la possibilità di intervenire, bloccando eventuali scelte che non potessero essere oggetto di una decisione ‘condivisa’. In realtà, occorre segnalare come questa prerogativa del Senato si sia poi

che negli ultimi anni con la Presidenza Trump sembra essersi esasperato – è il processo di ‘politicizzazione’ che caratterizza questa procedura. Le convinzioni politiche e culturali del singolo candidato assumono un peso preponderante nella sua valutazione, al punto che i Presidenti hanno sempre individuato soggetti che mostrassero un complesso valoriale del loro stesso ‘colore’ politico. Occorre notare comunque che, a volte, le decisioni assunte poi dai giudici americani sono andate a discostarsi dalle idee politiche alla base della loro ‘selezione’, finendo, talvolta, anche ad ‘appoggiare’ soluzioni decisionali differenti rispetto alla propria posizione iniziale. Un esempio piuttosto recente può essere rappresentato dal *Chief Justice* Roberts, il quale, noto inizialmente per il proprio orientamento moderatamente conservatore, ha finito per schierarsi, in diverse occasioni, tra le posizioni ‘liberal’, riequilibrando l’attuale composizione della Corte¹⁹.

La nomina di un giudice supremo rappresenta, dunque, un momento fondamentale della vita istituzionale degli Stati Uniti, in quanto capace di influenzare il quadro politico e giuridico del Paese anche nel ‘futuro’ - considerato che si tratta di un mandato a vita²⁰ - con conseguenze concrete in termini di definizione dell’azione della Corte Suprema. L’individuazione del candidato ha finito, dunque, per essere, talvolta, motivo di forte scontro politico. Da ultimo, si pensi, agli episodi verificatisi in occasione della morte del giudice Scalia, avvenuta nel corso dell’ultimo periodo della Presidenza Obama, il quale, dopo aver reso noto il ‘proprio’ candidato – il *Chief Justice* della Corte d’Appello del *Columbia District*, Merrick Garland - è stato costretto ad interrompere la procedura, a seguito dell’opposizione del Senato, che, all’epoca, vantava già una maggioranza repubblicana²¹. Secondo la posizione del Senato, infatti, un atto così importante non spettava ad un Presidente ormai in scadenza, ma risultava già prerogativa del suo successore, ritenendo possibile procedervi, dunque, soltanto dopo le elezioni presidenziali e dando in questo modo anche al popolo la possibilità di esprimersi²². Questo stallo è stato poi ‘sbloccato’ soltanto a seguito dell’elezione di Trump, attraverso

svilupata e calibrata anche sulla base della ‘costruzione’ dei rapporti tra Federazione e Stati, sul punto, si veda, in particolare, C. BOLOGNA, *Advice and consent nell’evoluzione del federalismo americano*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2002, n. 2.

¹⁹ Oltre alla vicenda in esame, si vedano i casi *Department of Homeland Security et al. V. Regents of the University of California et al.*, (2020), in tema di immigrazione minorile, *Bostock v. Clayton County*, (2020), in relazione alla tutela dei diritti di persone omosessuali e transgender, nonché sempre sulla questione dell’aborto anche *June Medical Service et al., v. Russo*, (2020). Sul punto di veda anche L. P. VANONI, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2021, n. 2, 500. Sempre in questa prospettiva, è interessante ripensare anche al ruolo svolto, proprio sulla questione dell’aborto, dalla Giudice Sandra Day O’Connor, che, nominata dal Presidente Reagan e sempre di carattere conservatore, si rivelò determinante nella decisione del caso *Planned Parenthood v. Casey*, spostando il proprio voto verso una prospettiva più moderata e portando alla riconferma - quanto meno nei suoi tratti essenziali - di *Roe*. Si veda anche la sua decisione in *Lawrence v. Texas 539 US 558 (2003)*, a favore dell’incostituzionalità della normativa texana contro le relazioni omosessuali, e la sua posizione in *Gutter v. Bollinger 539 US 306 (2003)*, confermando la legittimità di una normativa del Michigan, volta a favorire le minoranze razziali nell’ammissione agli studi universitari, cfr. L. GREENHOUSE, *What we lost when we lost Sandra Day O’Connor*, in *The New York Times*, 23 settembre 2021.

²⁰ Art. 3, section 1, “*The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour [...]*”; secondo i Costituenti, il mandato a vita rappresentava un elemento volto a garantire il carattere di indipendenza dei giudici, cfr. R. W. GARNETT, D. A. STRAUSS, *Article III, section one*, in [National Constitution Center](#).

²¹ In merito a queste vicende, si veda, in particolare, L. P. VANONI, *USA: da Scalia a Gorsuch. Note minime sul potere di “advise and consent”*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 22 marzo 2017.

²² La posizione del Senato ha sollevato acceso dibattito in merito all’esistenza o meno, in capo a questo organo, di un vero e proprio “*constitutional obligation to act on Supreme Court nominees*”. Molti studiosi si sono pronunciati in senso positivo, ritenendo presente un obbligo costituzionale del Senato ad avviare la procedura di *advise and consent*, v. la lettera sottoscritta da vari studiosi cfr. S. B. TILLMAN, *Alliance for Justice Letter and over 350 academics to Senate Majority Leader McConnell*, (7 marzo 2016), nonché all’indirizzo telematico https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3715342; v., altresì, lo *Statement of Constitutional Law Scholars on the Supreme Court Vacancy*, del 24 febbraio 2016, all’indirizzo telematico <https://www.acslaw.org/wp-content/uploads/old-uploads/originals/documents/Con%20Law%20Scholars%20on%20Scotus%20Vacancy.pdf>, dove si precisa che “[t]hroughout American history, presidents have nominated individuals to fill vacancies during the last year of their terms”. Sempre sulla stessa questione, ma in senso contrario cfr. J. H. ADLER, *The Senate has no constitutional obligation to consider nominees*, in *Geo. Mason L. Review*, vol. 24, 2016. In generale, per una ricostruzione interpretativa

la nomina del più conservatore Neil Gorsuch, andando a ‘correggere’ gli equilibri della Corte in questa direzione. Tuttavia, l’interpretazione della procedura, così come elaborata dal Senato, non è stata poi osservata in occasione della nomina della giudice Amy Coney Barrett (sempre di stampo conservatore) che, a seguito della morte di Ruth Bader Ginsburg, è stata investita dell’incarico da Trump a poche settimane dalla scadenza del suo mandato, andando ad incidere in modo profondo sulla composizione della Corte stessa.

Il carattere intrinsecamente politico del procedimento di nomina dei giudici supremi sembra determinare, in modo indiretto, forti problematiche anche in termini di tutela dei diritti (un esempio può essere rappresentato dalla presente vicenda, che continua ad essere oggetto di battaglie politiche fra repubblicani e democratici), con conseguenti ripensamenti e proposte di modifica in merito alla struttura di questo organo. Già nel 1937 il Presidente Roosevelt aveva provato a modificare la composizione della Corte, attraverso il *Judicial Procedures Reform Bill*, più noto come *Court-Packing Plan*, proponendo un ampliamento del numero dei membri della stessa. Il progetto, però, non incontrò la condivisione sperata e non fu mai approvato, nell’ottica di preservare l’indipendenza della Corte, senza piegarla alle idee politiche del Presidente in carica²³. Ciò nonostante, la ‘minaccia’ di intervento sulla struttura della Corte Suprema operò una sorta di effetto *nudging*²⁴ portando alcuni giudici a schierarsi verso la parte più progressista, ribilanciando le posizioni all’interno della stessa (negli anni successivi, Roosevelt ebbe comunque l’opportunità di procedere alla nomina di ben 8 giudici, a fronte della dimissione di alcuni e del venire meno di altri componenti)²⁵. Come in quella occasione, sarebbe ugualmente auspicabile che il ‘cambiamento’, per quanto riguarda il caso in esame, avvenisse dall’interno; la misura del *court packing* rimane una possibilità controversa, in quanto sebbene la Costituzione americana non definisca il numero dei giudici supremi (e inizialmente vi siano stati interventi proprio su questo profilo)²⁶, si tratta di un aspetto ormai immutato da molto tempo, la cui modifica potrebbe ulteriormente destabilizzare gli equilibri tra gli organi istituzionali.

sul ruolo di *advise and consent* del Senato, cfr. D. STRAUSS, C. SUNSTEIN, *The Senate, The Constitution and the Confirmation Process*, in *The Yale Law Journal*, 1992, vol.101.

²³ In merito a questa vicenda, si veda, in particolare, W. E. LEUCHTENBURG, *The origins of Franklin D. Roosevelt “Court Packing Plan”*, in *The Supreme Court review*, 1966 e sempre dello stesso autore, si veda *The Supreme Court Reborn: the constitutional revolution in the age of Roosevelt*, New York, 1995.

²⁴ Così come definito da A. SANDULLI, *Il Presidente Biden e la Riforma della US Supreme Court*, in Luiss Open, disponibile alla pagina <https://open.luiss.it/2021/09/09/il-presidente-biden-e-la-riforma-della-us-supreme-court/>. Con riguardo al concetto di *nudge* (letteralmente, “pungolo”), si fa riferimento ad un modo di regolamentazione volto ad indirizzare in via indiretta il comportamento della persona verso determinate ‘scelte’, senza, tuttavia, l’imposizione di comandi espressi. Sul punto, in particolare, cfr. R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008, 6, secondo i quali “A *nudge*, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere *nudge*, the intervention must be easy and cheap to avoid”; gli autori definiscono il *nudging* come un “paternalismo libertario”, in quanto, se, da un lato, l’assenza di imposizioni legali dirette permette di salvaguardare un certo grado di libertà del soggetto, dall’altro, l’obiettivo di tale approccio è quello di influenzare le azioni degli individui. Sul punto, si veda, altresì, A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionali*, in *dirittifondamentali.it*, 2021, n. 1; M. MIRAVALLE, *Gli orizzonti della teoria del “nudging” sulla normatività: verso un diritto senza sanzione?* in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, 2020, n. 1.

²⁵ In particolare, a seguito della proposta di intervento sulla struttura della Corte da parte del Presidente Roosevelt, si verificò un cambio ‘naturale’ degli equilibri vigenti all’interno dell’organo, con il giudice Owen Roberts che si spostò verso il lato più progressista nell’ambito del giudizio *West Coast Hotel v. Parrish* del 1937 (così come in seguito anche il giudice Hughes), sul punto si veda A. SANDULLI, cit. Il cambio di prospettiva adottato dal giudice Roberts in quella occasione viene definito anche come “*a switch that saves the nine*”, preservando in questo modo la ‘struttura’ della Corte Suprema cfr. J. L. CARSON, B. A. KLEINERMAN, *A switch in time saves nine: Institutions, strategic actors, and FDR’s court-packing plan*, Kluwer Academic Publishers, 2002.

²⁶ All’interno della Costituzione americana non è indicato il numero dei giudici che devono comporre la Corte Suprema, il quale inizialmente è stato soggetto a molteplici variazioni tra il 1789 e il 1869 (*Judiciary Act 1789*, con 6 giudici; *Judiciary Act 1801*, con 5 giudici, che il Congresso aumenta a 7 nel 1807; *Eight and Ninth Circuits Act* nel 1837, con 9 giudici; *Ten Circuit Act 1863*, con 10 giudici; *Judicial Circuit Act 1866*, con 7 giudici; *Judiciary Act 1869*, con 9 giudici). Da quest’ultimo momento in poi il numero è rimasto invariato a 9 componenti. Cfr. NCC STAFF, *Why does the Supreme Court have nine justices?* In *constitutioncenter.org*, 6 luglio 2018, disponibile alla pagina <https://constitutioncenter.org/blog/why-does-the-supreme-court-have-nine-justices>.

Proprio in questo senso, nella consapevolezza di vagliare eventuali prospettive di riforma dell'assetto strutturale e/o funzionale della Corte, il Presidente Biden, alla luce dei nuovi equilibri e a fronte di un dibattito continuo in merito al carattere politico della stessa, ha istituito, all'inizio del proprio mandato, un'apposita Commissione di studio²⁷, composta da esperti chiamati a formulare concrete proposte di rinnovamento dell'organo al fine di attenuare eventuali polarizzazioni all'interno e provare a fornire un maggiore equilibrio sia dentro la Corte stessa, sia fra questa e gli altri poteri dello Stato²⁸.

L'ultimo *public meeting* della Commissione si è svolto il 7 dicembre 2021, con un report definitivo che raccoglie le sue valutazioni complessive.

La relazione, approvata all'unanimità, contiene una riflessione critica sulle possibili opzioni di rinnovamento percorribili in merito a struttura e funzioni della Corte Suprema. Considerata la composizione bipartisan della Commissione e la complessità del tema, il documento si limita a dare atto delle proposte di modifica possibili, valutando attentamente pro e contro (ad esempio, con riguardo all'opzione di aumento numerico dei componenti della Corte, la Commissione sottolinea che “[...] *there is profound disagreement among Commissioners over whether adding Justices to the Supreme Court at this moment in time would be wise . As a Commission we have endeavored to articulate the contours of that debate as best as we understand them, without purporting to judge the weight of any of the arguments offered in favor or against calls to increase the size of the Court*”²⁹).

È interessante notare come il risultato del lavoro della Commissione sia arrivato durante un momento così delicato della vita della Corte, chiamata, fra le altre cose, a (ri)pronunciarsi sul tema dell'aborto, mettendo in discussione i suoi precedenti ‘storici’.

Tuttavia, non pare che ad oggi tali proposte di modifica possano essere realizzabili; le spaccature interne alla politica americana non sembrano consentire il raggiungimento di un livello di consenso tale da poter procedere ad una riforma della Corte Suprema, che, peraltro, risulta essere essa stessa espressione del disaccordo politico attuale³⁰. La politicizzazione del procedimento di nomina dei giudici, acuitasi, in modo particolare negli ultimi tempi, e l'assenza di vincoli per quanto riguarda la durata della carica fa sì che le ideologie dei singoli ricadano sulle modalità di ‘regolazione’ dei diritti, rischiando di trasformare quello che veniva definito “*the least dangerous branch*”³¹ in “*the most*

²⁷ Per quanto riguarda l'istituzione della Commissione e le attività che sta svolgendo, cfr. <https://www.whitehouse.gov/pscscotus/>; si veda, altresì, K. BARLOW, *Biden's Commission on Court reform kicks off*, in *Scotus blog*, 19 maggio 2021; sulla possibilità di operare trasformazioni della Corte Suprema, si veda, inoltre, J. LAMPE, “*Court Packing*”: *Legislative control over the size of the Supreme Court*, Center Service Report, 14 dicembre 2020, G. SITARAMAN, D. EPPS, *How to Save the Supreme Court*, in *Yale Law Journal*, 2019, vol. 148, i quali ipotizzano, in particolare, due possibili riforme estremamente innovative: 1) *the Supreme Court Lottery*, secondo cui ciascun giudice delle Corti d'Appello federali diverrebbe un ‘associato’ della Corte Suprema, la quale deciderebbe i casi attraverso un *panel* di 9 giudici, estratti a sorte (i *panel*, tuttavia, non potrebbero essere composti da più di 5 giudici nominati da un Presidente dello stesso partito); 2) *the Balance Bench*, in base alla quale la Corte potrebbe essere formata da 10 giudici (5 democratici, 5 repubblicani), ai quali si unirebbero altri 5 componenti scelti fra i giudici di un certo distretto/circuito (la nomina di questi ultimi deve però essere effettuata da parte dei primi, decidendo all'unanimità).

²⁸ Diverse sono le proposte di intervento prese in considerazione e sopraggiunte alla Commissione anche per il tramite di un meccanismo di consultazione pubblica, le quali vanno da un ampliamento numerico della composizione della Corte, alla possibile limitazione temporale del mandato dei singoli giudici, alla restrizione della giurisdizione dell'organo, all'introduzione di determinate regole nell'ambito del processo decisionale (ad esempio, la *Supermajority Rules*). In particolare, i report aggiornati della Commissione sulle relative proposte sono disponibili alla pagina <https://www.whitehouse.gov/pscscotus/public-meetings/october-15-2021-pcscotus-meeting>.

²⁹ Cfr. Presidential Commission on Supreme Court of United States, *Draft Final Report*, 83 ss., disponibile alla pagina <https://int.nyt.com/data/documenttools/scotus-commission-report/b895adee6a60441e/full.pdf>.

³⁰ Si veda, sul punto, il commento di C. SAVAGE, ‘*Court Pcking*’ *Issue divides Commission appointed by Biden*, in *The New York Times*, 7 dicembre 2021.

³¹ Il riferimento è al *Federalist n. 78* di Alexander Hamilton, il quale descrisse il potere giudiziario come il meno pericoloso poichè non avrebbe potuto comandare eserciti (prerogativa dell'esecutivo) nè avrebbe avuto potere di spesa (a sua volta prerogativa del legislativo): “*Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or*

*dangerous [one]*³². Il caso del diritto all'aborto mostra come le convinzioni politiche possano rivelarsi estremamente condizionanti nell'analisi di questioni giuridiche così divisive. L'accentuata polarizzazione della comunità politica, che ha finito per influenzare ulteriormente anche il funzionamento della Corte, evidenzia l'opportunità di ridiscutere i confini delle modalità di esercizio di questo potere, e sondare eventuali ragionevoli proposte di riforma.

3. Una questione ancora 'aperta'.

Dopo l'entrata in vigore della normativa, il caso è tornato presso la Corte d'Appello del 5^o circuito, che, nonostante l'urgenza della questione, ha rimandato la trattazione della stessa a dicembre. Pertanto, nell'intento di ottenere una più ravvicinata decisione sul caso volta a sospendere la legge texana, i ricorrenti, avvalendosi dello strumento *certiorari before judgment*, si sono rivolti di nuovo alla Corte Suprema chiedendo di intervenire sul punto. Il particolare meccanismo processuale utilizzato costituisce una 'petizione' attraverso la quale viene chiesto alla Corte di esprimersi immediatamente su una determinata questione, non ancora definita, al fine ottenere una decisione in tempi più brevi. Questo tipo di ricorso non è accolto di frequente; secondo la *Supreme Court Rule 11*, il caso può essere esaminato dalla Corte "only upon a showing that the case is of such imperative public importance as to justify deviation from normal appellate practice and to require immediate determination in this Court". Alla luce delle difficoltà relative all'attuazione del diritto di aborto, allo schema inedito della normativa e alle problematiche applicative ad esso connesse, lo strumento del *certiorari before judgment* sembrerebbe coerente con l'urgenza delle questioni in esame. Tuttavia, la Corte ha proceduto all'accoglimento della richiesta soltanto a seguito dell'intervento del Governo federale. L'Amministrazione Biden, infatti, mostrandosi fin da subito in espressa opposizione ai contenuti della legge texana, ha intentato, separatamente, una causa contro lo Stato del Texas, al fine di bloccare l'efficacia della normativa, riuscendo, in prima battuta, ad ottenere la sospensione della stessa. In particolare, secondo la pronuncia resa da parte del giudice distrettuale federale: "A person's right under the Constitution to choose to obtain an abortion prior to fetal viability is well established. Fully aware that depriving its citizens of this right by direct state action would be flagrantly unconstitutional, the State contrived an unprecedented and transparent statutory scheme to do just that [...] S.B. 8 violates the Fourteenth Amendment, whether as an unconstitutional pre-viability abortion ban, or as an unconstitutional undue burden on pre-viability abortion"³³. La decisione, estremamente puntuale nelle sue argomentazioni e nella ricostruzione giurisprudenziale, afferma come la normativa texana violi il diritto costituzionale all'aborto e rappresenti un vero e proprio "undue burden", ponendosi in conflitto con quanto previsto a livello federale. L'entrata in vigore della stessa, infatti, ha determinato la chiusura della maggior parte delle cliniche del Texas, rendendo,

injure them. The Executive not only dispenses the honors but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword".

³² In particolare, cfr. M. DOWD, *The Supreme Court vs Reality*, in *The New York Times*, 9 ottobre 2021 e la prospettiva di D. KAPLAN, *The Most Dangerous Branch: Inside the Supreme Court's Assault on the Constitution*, New York, 2018. Si veda, altresì, A. BICKEL, *The least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1962, il quale, riprendendo l'espressione di Hamilton, sottolinea, in particolare, come il potere che avrebbe dovuto essere il "più debole" è, invece, proprio quello in grado di 'limitare' gli altri due; e, tuttavia, "the power of judicial review, as it is called, does not derive from any explicit constitutional command" (A. BICKEL, cit., 2), trattandosi di una prerogativa che la Corte si autoattribuisce con la storica decisione sul caso *Marbury v. Madison*. Su questo aspetto si veda anche E. GRANDE, *Il caso dell'aborto: una buccia di banana per la SCOTUS?* In *Questione Giustizia*, 27 ottobre 2021. Nel senso della necessità di una riforma della Corte anche R. DOERFLER, S. MOYN, *Democratizing the Supreme Court*, in *Cal. L. Rev.*, 2021, vol. 109, i quali sottolineano come proprio gli eventi relativi alle ultime nomine dei giudici supremi "have created the conditions for an expert and public discussion about the Supreme Court's institutional viability without parallel since the 1920s and 1930s", 1.

³³ *United States v. State of Texas*, District Court for the Western district of Texas Austin division, 2021

conseguentemente, estremamente più difficoltoso l'accesso ai servizi³⁴. Il giudice federale, attraverso le testimonianze degli *abortion providers*, osserva come la normativa abbia raggiunto il proprio obiettivo, instaurando all'interno delle cliniche anche un clima di paura e instabilità, nella prospettiva che chiunque, fra i cittadini, in base all'inedito schema della legge (che trasforma i privati, come è stato detto, in una sorta di "bounty hunter") potrebbe intentare un'azione legale contro chi compia (o faciliti) le operazioni di aborto. Proprio in forza di questa particolare impostazione, la legge del Texas impedisce al Governo degli Stati Uniti di provvedere, secondo quanto previsto da leggi e regolamenti federali, alle operazioni di aborto, esponendo i propri funzionari a conseguente responsabilità³⁵. È stato evidenziato come alcune agenzie federali siano tenute da regolamento a provvedere alle richieste di aborto loro pervenute, come ad esempio, il *Federal Bureau of Prisons* (BOP), che deve attivare i servizi di interruzione di gravidanza quando una detenuta lo richieda o allo *United States Marshals Service*, per quanto riguarda i soggetti sotto la sua tutela. La S.B. 8, così come formulate, finirebbe per ostacolare il corretto funzionamento di queste strutture. Pertanto, secondo il giudice distrettuale, la normativa risulta in contrasto, inoltre, con "*the doctrines of preemption and intergovernmental immunity [...] S.B. 8 conflicts with the laws and regulations governing the abortion-related services of its agencies, as it would subject them to liability for carrying out their mandates to provide or facilitate pre-viability abortions*"³⁶.

Tuttavia, il provvedimento della Corte distrettuale federale è stato presto superato da quello della Corte d'Appello del 5^o circuito, cui ha fatto ricorso lo Stato del Texas, la quale, in attesa di pronunciarsi sul merito, ha comunque annullato il provvedimento di sospensione, rendendo la normativa texana nuovamente operativa. Il Governo federale si è quindi rivolto direttamente alla Corte Suprema, utilizzando lo strumento del *certiorari before judgement*, al fine di accelerare i tempi decisionali e poter fare chiarezza sui diversi profili problematici del *Texas Heartbeat Act*. A seguito della petizione formulata dall'Amministrazione Biden, la Corte ha deciso di accogliere entrambe le richieste (sia quella mossa dagli *abortion providers*, all'interno del caso *Whole Woman's Health v. Jackson*, docket no. 21-463, sia quella del Governo federale, relativa a *United States v. Texas*, docket no. 21-588), superando la fase presso la Corte d'Appello del 5^o circuito. Occorre sottolineare, in ogni caso, che la Corte non è stata chiamata a pronunciarsi direttamente sulla violazione del diritto di aborto e sulla legittimità costituzionale della legge stessa; essa, infatti, non ha accolto la richiesta formulata dallo Stato del Texas di riconsiderare espressamente i precedenti di *Roe* e *Casey* (tale profilo, tuttavia, è attualmente in esame davanti alla Corte con il caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, docket no. 19-1392, riguardante la costituzionalità di una legge dello Stato del Mississippi che vieta le procedure di aborto dopo la quindicesima settimana di gravidanza; l'udienza

³⁴ Il Giudice distrettuale riporta le testimonianze fornite dagli *abortion providers*, a seguito dell'entrata in vigore della legge SB. 8, che evidenziano le difficoltà di rendere disponibile il servizio e soddisfare le richieste "*Between September 1 and September 10, PPCFC performed 123 ultrasounds at the first appointments required under state law to take place at least 24 hours before an abortion. The clinics had 63 patients scheduled for abortions in the next ten days but could only perform 52 because "some patients had embryonic activity by the time they returned." [...] Thus, the clinics went from performing approximately 25 abortions per day to approximately 5 per day, all at less than six weeks LMP [...] One provider, who oversees four Texas clinics, stated that between September 1 and September 14, "[w]e have already turned away more than 100 patients..., and every day the law is in effect, we are forced to turn away the majority..." [...] This credible evidence establishes that "S.B. 8 has had an immediate and devastating effect on abortion care in Texas."*

³⁵ Altre istituzioni federali richiamate sono il *Department of Labor*, l'*Office Refugee Resettlement*, il *Department of Defense*, il *Centers for Medicare and Medicaid Services*, l'*Office of Personnel Management*, il *Department of Defense*. Cfr. *United States v. State of Texas*, District Court, 24 – 26, e in particolare, 104, in cui la Corte conclude che "*The law plainly conflicts with the agency's obligations to facilitate services for any present or future Job Corps participants seeking an abortion beyond the timeline allowed by S.B. 8. As such, there is a high likelihood S.B. 8 violates intergovernmental immunity*".

³⁶ *United States v. State of Texas*, District Court, 101. Con riguardo al principio di *Preemption*, in base al quale, in caso di conflitto fra legge statale e legge federale, prevale quest'ultima, cfr. Art. IV, § 2 "*This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding*". Con riguardo al principio di *intergovernmental immunity*, cfr. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 426 (1819).

di discussione si è tenuta il primo dicembre³⁷), soffermandosi più che altro sugli aspetti processuali (in particolare, sull'impostazione della legge texana e la sua capacità di eludere il *judicial review*, nonché sulla possibilità per il Governo federale di ottenere un provvedimento ingiuntivo contro i rappresentanti o contro la Corte di un certo Stato)³⁸.

Tuttavia, se durante l'udienza di discussione (tenutasi il primo novembre scorso) i giudici avevano fatto emergere perplessità³⁹ rispetto allo schema della normativa texana, la pronuncia della Corte, in merito alle richieste formulate dagli *abortion providers* e depositata il 10 dicembre 2021, lascia un forte senso di insoddisfazione. In una decisione, che, ancora una volta, vede una intrinseca frammentarietà delle opinioni espresse⁴⁰, la Corte sceglie di non bloccare l'efficacia della legge statale, con conseguenze pratiche preoccupanti per quanto riguarda la somministrazione del servizio sanitario di interruzione di gravidanza in Texas. L'opinione di maggioranza della Corte, resa dal giudice Gorsuch, sottolinea come la stessa non si stia pronunciando sulla costituzionalità della legge in questione, ma riguarda soltanto aspetti processuali. Tuttavia, sebbene la pronuncia accordi ai ricorrenti la possibilità di impugnare la legge contro determinati funzionari statali (soltanto coloro che si occupano del rilascio delle licenze mediche)⁴¹, riportando la questione presso le Corti federali inferiori, essa appare comunque del tutto disallineata con i suoi precedenti in tema di aborto. Tale aspetto viene ben evidenziato dal Giudice Roberts nella propria *dissenting opinion*, il quale ribadisce

³⁷ La normativa del 2018 non è mai entrata in vigore, in quanto bloccata dapprima dalla Corte distrettuale e poi anche dalla Corte d'Appello del 5° Circuito. Lo Stato del Mississippi ha espressamente chiesto alla Corte di pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale della legge medesima, mettendo espressamente in discussione *Roe v. Wade* e *Planned Parenthood v. Casey*. Gli *oral arguments* hanno mostrato, ancora una volta, una completa polarizzazione delle posizioni sul tema, con una parte conservatrice maggiormente incline al superamento degli 'storici' precedenti e una parte 'liberal' che ha sottolineato l'importanza del principio dello *stare decisis*, che, come affermato dal Giudice Kagan, costituisce "an important principle in any case, and, here, for the reasons that Casey mentioned, especially so, to prevent people from thinking that this Court is a political institution that will go back and forth depending on what part of the public yells loudest and preventing people from thinking that the Court will go back and forth depending on changes to the Court's membership". La trascrizione degli *oral arguments* del caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* è disponibile alla pagina [https://ballotpedia.org/Dobbs v. Jackson Women's Health Organization](https://ballotpedia.org/Dobbs_v._Jackson_Women's_Health_Organization). Sul punto, v., in particolare, A. HOWE, *Court to weigh in on Mississippi abortion ban intended to challenge Roe v. Wade*, in *Scotus blog*, 17 maggio 2021 all'indirizzo telematico <https://www.scotusblog.com/2021/05/court-to-weigh-in-on-mississippi-abortion-ban-intended-to-challenge-roe-v-wade/>; A. HASSAN, *What to know about the Mississippi Abortion Law Challenging Roe v. Wade*, in *The New York Times*, 1° dicembre 2021; J. S. GERSEN, *The Mississippi abortion case and the fragile legitimacy of the Supreme Court*, in *The New Yorker*, 4 dicembre 2021.

³⁸ M. ZIEGLER, *Supreme speed: The court puts abortion on the rocket docket*, in *Scotus blog*, 25 ottobre 2021, <https://www.scotusblog.com/2021/10/supreme-speed-the-court-puts-abortion-on-the-rocket-docket/>.

³⁹ M. ZIEGLER, *It didn't go well for Texas in at the Supreme Court*, 2 novembre 2021, disponibile alla pagina <https://edition.cnn.com/2021/11/01/opinions/texas-abortion-law-short-lived-ziegler/index.html>; A. LIPTAK, *The Supreme Court hints that it may allow a challenge to the Texas Abortion Law*, in *The New York Times*, 1° novembre 2021, disponibile alla pagina <https://www.nytimes.com/2021/11/01/us/politics/texas-abortion-law-supreme-court.html>.

⁴⁰ La decisione è stata resa con una maggioranza di 5-4. Tuttavia, una parte della sentenza non è stata condivisa soltanto dal giudice Thomas; il giudice Roberts ha scritto una *dissenting opinion*, cui si sono uniti i giudici Breyer, Kagan e Sotomayor, la quale è comunque intervenuta anche con una propria *opinion* sul caso, sottolineando il preoccupante aspetto relativo alla mancata sospensione dell'efficacia della legge. Cfr. *Whole Woman's Health, et al., v. Jackson, et al.* 595 US_ (2021), docket no. 21-463. Quanto al secondo filone processuale, attinente alle doglianze del Governo federale, la Corte si è pronunciata tramite un "unsigned order", rigettando la richiesta, cfr. il documento è disponibile alla pagina https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-588_c07d.pdf.

⁴¹ Secondo l'opinione di maggioranza, la legge potrà essere fatta valere soltanto nei confronti dei funzionari statali deputati al rilascio delle licenze mediche e del capo del *Department of Health* del Texas. Il Giudice Gorsuch ha sottolineato come gli *abortion providers* avessero individuato le disposizioni della legge statale volte ad imporre in capo a tali soggetti l'obbligo di avviare azioni disciplinari contro il personale sanitario che violi la S.B. 8. È da escludersi, invece, che i ricorrenti possano agire in giudizio contro i cancellieri e i giudici dei tribunali statali, cfr.: "[...] *the private parties who seek to bring S. B. 8 suits in state court may be litigants adverse to the petitioners. But the state-court clerks who docket those disputes and the state-court judges who decide them generally are not. Clerks serve to file cases as they arrive, not to participate as adversaries in those disputes. Judges exist to resolve controversies about a law's meaning or its conformance to the Federal and State Constitutions, not to wage battle as contestants in the parties' litigation. [...]*", *Whole Woman's Health v. Jackson, Opinion of the Court*. Si veda, altresì, il commento di A. HOWE, *Court leaves Texas' six-week abortion ban in effect and narrows abortion providers' challenge*, in *Scotus blog*, 10 dicembre 2021.

che la legge del Texas non rispetta quanto affermato con *Roe* e *Casey*, realizzando “[...] *the effect of denying the exercise of what we have held is a right protected under the Federal Constitution*”, e dalla Giudice Sotomayor che dichiara espressamente di prendere le distanze “[...] *from the Court’s dangerous departure from its precedents, which establish that federal courts can and should issue relief when a State enacts a law that chills the exercise of a constitutional right and aims to evade judicial review [...]*”. Entrambi, inoltre, esprimono particolare preoccupazione in merito al ruolo svolto dalla Corte Suprema, che discostandosi dai suoi precedenti e lasciando in efficacia la normativa texana, rende gli stessi diritti tutelati dalla Costituzione estremamente vulnerabili e soggetti a futuri ‘attacchi’ da parte delle legislazioni statali. L’impostazione della legge texana, infatti, mira a superare il meccanismo di *judicial review* e, pertanto, “[...] *if the legislatures of the several states may, at will, annul the judgments of the courts of the United States, and destroy the rights acquired under those judgments, the constitution itself becomes a solemn mockery. [...] The nature of the federal right infringed does not matter; it is the role of the Supreme Court in our constitutional system that is at stake*”⁴².

Se, dunque, questa volta la decisione della Corte non riesce a tutelare, nella sua sostanza, il diritto all’aborto e si presenta “*alarming*” (richiamando l’espressione della Giudice Ginzburg, utilizzata in merito alla scelta della Corte sul caso *Gonzales v. Carhart*)⁴³, mettendo davvero in discussione la tutela delle libertà costituzionali, la ‘partita’ sul tema dell’aborto negli Stati Uniti rimane ancora aperta. L’auspicio è che i giudici supremi, attraverso il caso del Mississippi, chiamati a pronunciarsi direttamente sul diritto all’aborto, possano tornare a rendere effettivo quel sistema di garanzie così prezioso, che, nonostante contrapposizioni culturali e divisioni politiche, rappresenta un livello di tutela fondamentale e, per questo, irrinunciabile.

⁴² Le parole sono del *Chief Justice* Roberts, che evidenzia come in gioco sia non semplicemente la tutela del diritto all’aborto e, dunque, di un diritto ‘costituzionale’, ma lo stesso ruolo della Corte Suprema come garante dell’ordinamento costituzionale americano. Negli stessi termini si è espressa anche la Giudice Kagan durante l’udienza di discussione del caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* sulla legge del Mississippi, cfr. *supra* la nota 36.

⁴³ In merito alla vicenda sul caso *Gonzales v. Carhart* del 2003, la Giudice Ginzburg si esprime proprio in questo senso: “*Today’s decision is alarming. It refuses to take Casey and Stenberg seriously. It tolerates, indeed applauds, federal intervention to ban nationwide a procedure found necessary and proper in certain cases by the American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG). It blurs the line, firmly drawn in Casey, between previability and postviability abortions. And, for the first time since Roe, the Court blesses a prohibition with no exception safeguarding a woman’s health. I dissent from the Court’s disposition. Retreating from prior rulings that abortion restrictions cannot be imposed absent an exception safeguarding a woman’s health, the Court upholds an Act that surely would not survive under the close scrutiny that previously attended state-decreed limitations on a woman’s reproductive choices*”.

Matteo Caldironi
**La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore:
un vuoto di tutele intollerabile***

ABSTRACT: *The essay deals with the reconstruction of the main pronouncements of the Constitutional Court relating to the regulation of medically assisted procreation (law n. 40/2004). In particular, the analysis focuses on the two latest rulings (Constitutional Court, [sentences nos. 32 and 33 of 2021](#)) that specifically touch on the issue of recognition of the legal status of children conceived through heterologous fertilization procedures (by homosexual couples) and through surrogacy.*

SOMMARIO: 1. La legge 19 febbraio 2004, n. 40 e la Corte costituzionale. – 2. La sentenza [Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33](#). – 2.1. Il contrasto tra la giurisprudenza nazionale di legittimità e il parere della *Grand Chambre*. – 2.2. Interesse del minore e tutela della dignità della gestante: non esistono “diritti tiranni”. – 3. La sentenza [Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32](#): ancora sulla inadeguatezza dell'adozione in casi particolari. – 4. *Soltanto* un monito al legislatore.

1. *La legge 19 febbraio 2004, n. 40 e la Corte costituzionale*

La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita (legge 19 febbraio 2004, n. 40) è senza dubbio espressione di una particolare concezione etica¹ della procreazione e dell'embrione, tanto da essere stata definita una legge di lotta *contro* la pma². È bene precisare sin da subito che per ‘procreazione medicalmente assistita’ si intende un insieme eterogeneo di tecniche utilizzate per aiutare il concepimento nei casi in cui il esso sia impossibile o estremamente remoto (almeno spontaneamente-naturalmente) e nei casi in cui altri interventi farmacologici e/o chirurgici siano inadeguati. In breve, la pma si avvale di diversi tipi di tecniche che comportano la manipolazione di ovociti, spermatozoi o embrioni nell'ambito di un trattamento finalizzato a realizzare una gravidanza. È quindi evidente che vi siano pratiche decisamente diverse l'una dall'altra, sia dal punto di vista medico sia da quello della loro disciplina giuridica (proprio per far fronte a situazioni differenziate). Tutte queste tecniche possono essere però ricondotte a tre tipi generali: la fecondazione omologa, la fecondazione eterologa e la surrogazione di maternità.

In estrema sintesi, si parla di fecondazione assistita omologa quando si impiantano, nell'utero della gestante, uno o più embrioni formati esclusivamente con gameti appartenenti alla coppia richiedente. Caratteristica di tale tipo di fecondazione artificiale è, quindi, l'omogeneità dei soggetti che vi partecipano, dal momento in cui la madre biologica (*i.e.*: la gestante) sarà sempre coincidente sia con la madre genetica sia con la madre sociale. Difatti, è sempre questa che fornisce l'ovulo destinato alla formazione dell'embrione da impiantare nel proprio utero e a fornire il consenso per l'accesso alla tecnica di procreazione medicalmente assistita e per l'impianto dell'embrione formato anche grazie al proprio ovulo. Anche il padre genetico, ossia colui il quale fornisce il proprio seme per la

* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

¹ Non è un caso, infatti, che la legge n. 40/2004 sia il frutto di un lungo *iter* iniziato nel luglio del 1998, quando la Commissione Affari sociali della Camera presentò il progetto di legge che venne discusso soltanto ai primi di febbraio del 1999. Soltanto un anno più tardi il contrasto ideologico che animò il dibattito parlamentare e l'opinione pubblica sfociò in una campagna referendaria volta alla sua abrogazione. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità dei quesiti referendari, dichiarò inammissibile la richiesta di abrogazione totale ([sentenza n. 45 del 2005](#)) e, invece, ammissibili (sentenze nn. [46](#), [47](#), [48](#) e [49](#) del 2005) i quattro referendum parziali aventi ad oggetto gli aspetti più controversi (come l'accesso alla procreazione medicalmente assistita non soltanto alle coppie sterili, ma anche a quelle affette da patologie geneticamente trasmissibili e il divieto di fecondazione di tipo eterologo).

V. in particolare sulla posizione assunta dalla chiesa cattolica in relazione alla legge in esame: E. DOLCINI, *Legge sulla procreazione assistita e laicità dello Stato: da sempre, un rapporto difficile*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 27 novembre 2013, 3 ss.

² E. DOLCINI, *La legge n. 40 del 2004: alla prova dei fatti, un efficace strumento di lotta contro la procreazione assistita*, in *Il corriere del merito*, 2007, 1425 ss.

formazione dell'embrione da impiantare nell'utero della propria partner, coinciderà poi sempre con il padre sociale (fornendo il consenso per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita). In questo particolare caso non si pone quindi nessun particolare problema intorno alla genitorialità e allo *status filiationis* rilevato che, in buona sostanza, la fecondazione omologa funge da vero e proprio sucedaneo dell'atto sessuale al fine di permettere la generazione di un essere umano anche a chi ne sarebbe naturalmente preclusa la possibilità³.

Ben diverse sono invece la fecondazione eterologa e la surrogazione di maternità.

La prima (fecondazione eterologa) è una tecnica di procreazione medicalmente assistita che consiste nell'impianto nell'utero della madre biologica – che *coincide* con quella sociale – di uno o più embrioni formati da gameti, in parte o in tutto, estranei alla coppia committente. Nel primo caso avremo una fecondazione eterologa parziale in quanto uno dei due gameti (maschile o femminile) apparterrà alla coppia committente mentre l'altro proverrà da un terzo donatore estraneo ad essa. Nel secondo avremo invece una fecondazione eterologa totale in quanto entrambi i gameti che formano l'embrione da impiantare nell'utero della gestante proverranno da donatori terzi alla coppia.

Per surrogazione di maternità (o “utero in affitto”) si intendono tutti quei casi in cui una donna porta a termine una gravidanza indotta artificialmente per conto di un'altra, la quale, dopo la nascita, assumerà il ruolo giuridico (e naturalmente sociale) di madre, con conseguente scissione tra maternità e gestazione. Il divieto assoluto di detta pratica si inserisce, come anticipato, in una legge organica del 2004, che disciplina e reprime tutta una serie ulteriore di condotte attinenti alla procreazione artificiale.

Nelle dichiarate intenzioni del legislatore del 2004, infatti, il ricorso alle pratiche di procreazione è consentito «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e dalla infertilità umana», ma pur sempre a condizioni e secondo modalità che assicurino «i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». In ogni caso, il ricorso a dette pratiche è (*rectius*: era) consentito unicamente «in assenza di altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o di infertilità» (art. 1 l. 40/2004). Di particolare interesse per le vicende che saranno analizzate qui di seguito (e come si vedrà quindi più avanti), a tal riguardo, è il limite soggettivo previsto dall'art. 5 l. 40/2004 che circoscrive l'accesso alle tecniche di pma alle sole le coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

Prima dell'intervento demolitore della Corte costituzionale, era espressamente vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, ossia realizzate non con gameti appartenenti ad ambedue i partner, ma con l'ausilio dei gameti di un donatore. Continua viceversa ad essere vietata la surrogazione di maternità, ossia la tecnica che prevede il coinvolgimento nella gestazione di un soggetto esterno alla coppia: l'embrione in questo caso viene creato impiegando il patrimonio genetico dei partner committenti o di solo uno dei due, cui viene associato il patrimonio genetico di altra donna ovo-donatrice (che potrebbe anche coincidere con la gestante) o di altro uomo donatore di seme, con successivo impianto dell'embrione nell'utero di una (seconda o terza) donna (c.d. madre gestazionale).

La disciplina è presidiata da un articolato sistema di illeciti che spazia da quelli amministrativi – relativi all'accesso alle tecniche di pma (sono punite con una sanzione pecuniaria le violazioni del divieto di fecondazione eterologa, del divieto di accesso ai minori ovvero a persone dello stesso sesso, non coniugate o non conviventi, dell'obbligo di raccogliere il consenso informato, del divieto di operare in strutture diverse da quelle autorizzate) – a quelli penali relativi all'embrione.

Non sono tuttavia punibili a livello amministrativo l'uomo e la donna a cui siano applicate le tecniche di pma: la minaccia delle (severe) sanzioni amministrative è rivolta a coloro che gestiscono e applicano dette pratiche. I richiedenti potranno al più rispondere, in caso di dichiarazioni mendaci sul possesso dei requisiti di accesso, ai sensi dell'art. 76, commi 1 e 2, del testo unico delle

³ Ciò, tuttavia, non significa che tale tecnica sia accessibile a tutti e indistintamente o che lo *status* giuridico del nato non trovi espressa disciplina, anzi. Più semplicemente non emergono qui le problematiche che in questa sede si intendono approfondire.

disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445).

Come anticipato, il contenuto della legge in esame è stato fortemente influenzato e talvolta radicalmente “riscritto” dagli interventi della Corte costituzionale che ha pronunciato tre notissime declaratorie di incostituzionalità, che qui ci si limita a ricordare prima di concentrarsi sulle più recenti pronunce.

Anzitutto, con la [sentenza n. 151/2009](#)⁴, la Corte ha accolto le questioni di legittimità costituzionale sollevate sull’art. 14, comma 2 e 3 il quale, nel disciplinare la produzione di embrioni e il trasferimento degli stessi nell’utero, poneva il divieto di creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, numero comunque non superiore a tre.

La Corte, prendendo atto del fatto che da tale disposizione ben può desumersi che il legislatore abbia discrezionalmente optato per una tutela non assoluta dell’embrione (considerato che ben si ammette che taluno di essi non dia luogo a gravidanza e che il numero di embrioni sia volto ad assicurare aspettative concrete di gravidanza), evidenzia l’esistenza, dietro tale automatismo numerico, di una violazione del diritto alla salute della donna e dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza⁵.

Infatti, il limite legislativo di tre embrioni e dell’unico e contemporaneo impianto possono produrre, alternativamente due pregiudizi per la donna: da un lato, essendo necessario il ricorso alla reiterazione di più cicli di stimolazione ovarica (ove il primo abbia condotto alla creazione di tre embrioni che non si siano poi attecchiti), aumenta il rischio di insorgenza di patologie nella donna, legate a tale iperstimolazione; dall’altro, qualora viceversa l’attecchimento sia andato a buon fine, anche per le condizioni soggettive della donna, quest’ultima sarà esposta al rischio di gravidanze plurime, talvolta pregiudizievoli per la sua salute. Il punto costituzionalmente stigmatizzabile è rappresentato dunque dal fatto che il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili, in possibile pregiudizio della salute della donna e del feto. Infatti, scrive la Corte, «la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto».

Cinque anni più tardi, la Corte costituzionale⁶ si è nuovamente pronunciata sulla l. n. 40/2004, questa volta dichiarando l’illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, per tutti i casi in cui siano state diagnosticate una sterilità o una infertilità assolute e irreversibili⁷.

⁴ Annotata tra i tanti da M. MANETTI, *Procreazione medicalmente assistita; una political question disinnescata* e C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la “Costituzione che non vale più la pena di difendere”*, entrambe in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, 1656 ss.; D. CHINNI, [La procreazione medicalmente assistita tra “detto” e “non detto”. Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla Legge n. 40/2004](#), e L. TRUCCO, [Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di \(almeno in parte\) decidere](#), entrambe in questa *Rivista*, 2009, rispettivamente 20 settembre e 15 luglio 2009; E. DOLCINI, *Embrioni nel numero “strettamente necessario”: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2009, 950-966; M. MANETTI, *La sentenza sulla pma, o del legislatore che volle farsi medico*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1/2009, 28 maggio 2009, 1 ss.

⁵ Diffusamente, sul principio di proporzionalità in tema di procreazione medicalmente assistita, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020, 185 ss.

⁶ [Corte cost., sent. n. 10 giugno 2014, n. 162](#).

⁷ P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 5 marzo 2015; v. anche le riflessioni precedenti alla sentenza della Corte di M. D’AMICO, *Sull’incostituzionalità del divieto di “fecondazione eterologa” fra i principi costituzionali ed europei*, in M. D’Amico, B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione di gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, Milano, Franco Angeli, 2011, 18 ss.

La scelta di una tale coppia di diventare genitori costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, peraltro riconducibile agli artt. 2 (principio di solidarietà sociale), 3 (principio di uguaglianza) e 31 (salute quale diritto fondamentale) della Costituzione. Di conseguenza, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango. In questo caso, al contrario, dal libero accesso alla fecondazione eterologa non si registrerebbe un violazione di altri valori costituzionali, né della salute dei donanti (per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti) né del nato, posto che la limitazione dell'accesso all'eterologa ai casi di sterilità e/o infertilità permette di escludere in radice un'eventuale utilizzazione della stessa ad illegittimi fini eugenetici. Inoltre, l'art. 9 prevede peraltro già una tutela del diritto del minore al legame di filiazione e del diritto a conoscere le proprie origini, considerato che, da un lato, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità e, dall'altro, la madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata.

Il divieto posto dalla normativa italiana realizzava in definitiva un ingiustificato diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, «in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi».

Nel 2015 la Corte costituzionale ha ulteriormente "riscritto" il testo della l. n. 40/2004 affermando la caduta del divieto di fecondazione eterologa per la coppia fertile, ma portatrice di malattie geneticamente trasmissibili, ove con la diagnosi pre-impianto sia accertata l'avvenuta trasmissione della malattia all'embrione sviluppato con la fecondazione omologa ([sentenza 5 giugno 2015, n. 96](#)). Infatti, tale divieto si risolverebbe in un pregiudizio per la salute tanto del nascituro quanto della partoriente, da cui il carattere irragionevole di detto divieto. Esso dà luogo a una «palese antinomia normativa» considerato che «il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali [...] quando, dalle ormai normali indagini prenatali, siano, appunto "accertati processi patologici [...] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna"».

La Corte costituzionale si è invece arrestata, pronunciando una sentenza di rigetto ([sent. 23 ottobre 2019, n. 221](#)), dinanzi alla supposta illegittimità del divieto di accesso alle pratiche di fecondazione eterologa da parte di due donne dello stesso sesso. Si tratterebbe in questo caso, secondo la Corte, di una legittima e – soprattutto – insindacabile scelta discrezionale del legislatore. L'ammissione alla pma delle coppie omosessuali comporterebbe la diretta sconfessione delle linee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, caratterizzato dal bilanciamento tra interesse alla genitorialità e interesse al mantenimento di un legame biologico tra il nascituro e gli aspiranti genitori⁸.

Peraltro, non vi sarebbe alcuna incongruenza interna alla disciplina legislativa della materia, considerato che l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. «Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla pma delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale»⁹ ma di una scelta volta a riconoscere alla pma una finalità prettamente ed esclusivamente terapeutica.

⁸ S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 3/2015, 2 febbraio 2016.

⁹ [Corte cost., sent. n. 221/2019](#), § 12 Considerato in diritto.

Mai è stato toccato dalla Corte costituzionale invece il divieto di maternità surrogata, considerato che non è mai stato oggetto diretto di una questione di legittimità costituzionale; nondimeno, in un *obiter dictum* del 2017¹⁰, quella dell'“utero in affitto” è stata definita pratica che, nel prevedere la gestazione e la conseguente cessione per contratto del nato alla coppia committente, «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»; mentre la già menzionata [sentenza n. 221/2019](#) si è limitata a ricordare come esso sia considerato dalla giurisprudenza espressivo di un principio di ordine pubblico. Al contrario il ruolo principale in relazione all'individuazione delle *rationes* e delle conseguenze del divieto è stato giocato dalla giurisprudenza dei giudici comuni. Non è tollerabile, secondo questa interpretazione, che una donna si presti a intraprendere e a portare a termine una gravidanza per conto di altri: viene infatti in rilievo in questo caso, come si chiarirà a breve, l'esigenza di garantire e proteggere la dignità della donna. Permane dunque in tutta la sua estensione il divieto penale di maternità surrogata.

La problematica principale è rappresentata però dalla liceità di questa pratica in altri Paesi, anche europei, dove spesso coppie eterosessuali o omosessuali si recano per realizzare il proprio sogno di genitorialità (c.d. turismo procreativo), con la conseguenza che spesso ci si è interrogati, da un lato, sull'applicabilità del reato di surrogazione di maternità *ex art. 12, comma 6, l. n. 40/2004* anche ai fatti commessi all'estero e, dall'altro, sulla trascrivibilità in Italia dei provvedimenti (amministrativi o giurisdizionali) stranieri che riconoscono la genitorialità del genitore solo di intenzione. Ma analogo problema esiste anche per i casi in cui coppie di donne omosessuali vogliano avvalersi dei trattamenti di fecondazione eterologa per le quali tale pratica sarebbe vietata dall'art. 5 della l. 40/2004, almeno per i problemi relativi al riconoscimento del rapporto di genitorialità con il genitore d'intenzione¹¹.

Proprio su tali questioni è stata interpellata di recente la Corte costituzionale, la quale si è pronunciata con due sentenze che sembrano di particolare rilevanza per diversi motivi. Infatti, se da un lato chiariscono alcuni punti centrali relativi allo *status filiationis* del nato, dall'altro ripropongono interrogativi, per così dire processuali, per la particolare tecnica utilizzata.

2. [La sentenza della Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33](#)

2.1. *Il contrasto tra la giurisprudenza nazionale di legittimità e il parere della Grand Chambre*

Con l'ordinanza 29 aprile 2020, n. 8325¹² la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha sollevato una questione di legittimità costituzionale in riferimento alla disciplina in materia di riconoscimento del figlio nato (all'estero) tramite il procedimento di “maternità surrogata”¹³. In

¹⁰ [Corte cost., sent. 18 dicembre 2017, n. 272](#), relativa ad un caso di surrogazione di maternità effettuata da una coppia eterosessuale all'estero, nel quale la madre intenzionale aveva riconosciuto la figlia come propria e il PM aveva impugnato il riconoscimento (art. 263 c.c.) perché non veritiero (di qui la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c.). Tra i vari commenti ci si limita qui a segnalare E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2018, 2 marzo 2018.

¹¹ Si ricorda infatti che non essendo tale pratica penalmente sanzionata in Italia non sussiste il problema dell'applicabilità del reato commesso all'estero (sul punto v. la recente Cass., sez. III, sent. 28 ottobre 2020, n. 5198, ma anche Cass., sez. V, sent. 10 marzo 2016, n. 13525).

¹² Sin da subito segnalata da F. SEVERGNINI, *Genitorialità surrogata: la Cassazione interPELLa la Corte costituzionale per superare la propria dottrina*, in [Bollettino delle questioni pendenti](#), n. 4/2020, di [Forum di Quaderni costituzionali](#), 22-23.

¹³ Il caso che ha dato origine al giudizio riguardava un bambino nato in Canada da una donna nella quale era stato impiantato un embrione formato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo di cittadinanza italiana unito in matrimonio in Canada – con atto poi trascritto in Italia nel registro delle unioni civili – con altro uomo, pure di cittadinanza italiana, con il quale aveva condiviso il progetto genitoriale. Al momento della nascita del bambino, le autorità canadesi avevano formato un atto di nascita che indicava come genitore solo il primo, mentre non erano stati menzionati né il c.d. genitore di intenzione né la madre surrogata che aveva partorito il bambino (né la donatrice dell'ovocita). In seguito, la Corte Suprema della British Columbia aveva dichiarato che entrambi i ricorrenti dovevano essere considerati genitori del bambino, e aveva disposto la corrispondente rettifica dell'atto di nascita in Canada. I due uomini avevano quindi chiesto all'ufficiale di stato civile italiano di rettificare anche l'atto di nascita del bambino in Italia, sulla base del provvedimento

particolare, si dubitava della compatibilità con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117, primo comma, della Costituzione – quest’ultimo in relazione all’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, agli artt. 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo¹⁴, e all’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – dell’art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, dell’art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 e dell’art. 18 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, nella parte in cui non consentono, secondo l’interpretazione attuale del diritto vivente (*i.e.* sent. Sezioni Unite 8 maggio 2019, n. 12193¹⁵), «che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l’ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all’inserimento nell’atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta “maternità surrogata”) del c.d. genitore d’intenzione non biologico»¹⁶.

Più nel dettaglio, il contrasto con la normativa europea risulterebbe insuperabile alla luce del sopravvenuto parere del 10 aprile 2019 della *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti umani (caso c.d. *Mennesson*), con il quale essa ha riconosciuto che in caso di ricorso a tecniche di maternità surrogata all’estero lo Stato di origine *deve* riconoscere il rapporto di filiazione, a tutela del superiore interesse dei minori, anche se tale tecnica è vietata dalle leggi nazionali. Quanto allo strumento utilizzabile, la Corte ribadisce come i singoli Stati godano di ampi margini di discrezionalità – sia la trascrizione del certificato sia procedure di adozione da parte del genitore non biologico sono esplicitamente ritenute equivalenti – tuttavia avverte come il procedimento di adozione possa considerarsi uno strumento rispettoso dell’art. 8 della Convenzione, solo se ci sia un *effettivo* riconoscimento del legame di filiazione, e la procedura sia *rapida* e non esponga il minore a una prolungata situazione di incertezza.

Secondo la Cassazione ci sarebbero due profili di conflitto non superabili con l’attuale situazione in Italia, come configurata dalla citata pronuncia delle Sezioni Unite. In primo luogo, non è consentito agli Stati di adottare misure che incidano negativamente sulla situazione soggettiva di chi nasce da una gestazione per altri e abbiano l’effetto di negare i diritti inviolabili connessi all’identità personale del minore e alla sua appartenenza al nucleo familiare di origine, e pertanto sarebbe illegittima la prevalenza *a priori* del divieto di maternità surrogata (come ostacolo di ordine pubblico) rispetto all’interesse del minore. In secondo luogo, il principio della preminenza dell’interesse del minore impedisce al legislatore di imporre una sua compressione in via generale e astratta e di determinare conseguentemente un affievolimento *ex lege* del diritto al riconoscimento dello *status* legalmente acquisito all’estero¹⁷. Infatti, in tal modo il bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti

della Corte Suprema della British Columbia. In seguito al rifiuto opposto a tale richiesta, essi avevano chiesto alla Corte d’appello di Venezia il riconoscimento del provvedimento canadese in Italia ai sensi dell’art. 67 della legge n. 218 del 1995. Nel 2018 la Corte d’appello di Venezia aveva accolto il ricorso, riconoscendo l’efficacia in Italia del provvedimento. L’Avvocatura dello Stato aveva tuttavia interposto ricorso per cassazione nell’interesse del Ministero dell’interno e del Sindaco del Comune ove era stato trascritto l’originario atto di nascita del minore.

¹⁴ La c.d. Convenzione di New York, del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176.

¹⁵ Secondo le Sezioni Unite, infatti, non può essere trascritto nei registri dello stato civile italiano il provvedimento di un giudice straniero con cui è stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed un soggetto che non abbia con lo stesso alcun rapporto biologico (c.d. genitore d’intenzione). Per questo la Cassazione ha rigettato la domanda di riconoscimento dell’efficacia del provvedimento, riguardante due minori concepiti da uno dei componenti di una coppia omosessuale mediante surrogazione di maternità. La Corte ha ritenuto che il riconoscimento del rapporto di filiazione con l’altro componente della coppia si ponesse in contrasto con il divieto della surrogazione di maternità, previsto dall’art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, ravvisando in tale disposizione un principio di ordine pubblico, posto a tutela della dignità della gestante e dell’istituto dell’adozione. In proposito, è stato chiarito che la compatibilità con l’ordine pubblico, richiesta ai fini del riconoscimento dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, dev’essere valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi hanno trovato attuazione nella legislazione ordinaria, nonché dell’interpretazione fornitane dalla giurisprudenza.

¹⁶ Nel dispositivo Cass., ord. n. 8325/2020.

¹⁷ Sotto questo profilo la Corte costituzionale ricorda anch’essa come con la [sent. 28 novembre 2002, n. 494](#) (con note di A. RENDA, *Verso la scomparsa dei figli incestuosi? Riflessioni a margine della sentenza n. 494/2002 della Consulta*,

posto dal legislatore causerebbe un sacrificio e una compressione dell'interesse del minore incompatibile con il dettato costituzionale e «comunque con modalità e in una misura irrazionale sproporzionata ed eccessiva con l'effetto di ribaltare la gerarchia di valori sottesa alla Carta costituzionale, incentrata sul principio personalistico di tutela dei diritti fondamentali della persona».

2.2. Interesse del minore e tutela della dignità della gestante: non esistono “diritti tiranni”

In sostanza, le questioni di costituzionalità che la Corte costituzionale è stata chiamata ad analizzare riguardano lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata (vietata nell'ordinamento italiano dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004), e più in particolare la possibilità di trascrivere l'atto di nascita del bambino procreato attraverso una tale procedura nel quale non compare soltanto il nome del genitore biologico (ossia del genitore che ha fornito i propri gameti), ma anche del genitore c.d. di intenzione (art. 65, legge 31 maggio 1995, n. 218), che ha condiviso il progetto genitoriale pur non partecipando biologicamente alla procreazione. Pertanto, essa è chiamata a fornire una risposta all'interrogativo se quanto stabilito dalle Sezioni unite civili nell'esercizio della loro funzione nomofilattica sia compatibile con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali invocate dal giudice *a quo*¹⁸.

La Corte, in apertura, riconosce che il divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità sia stato correttamente qualificato dalla giurisprudenza di legittimità come *principio di ordine pubblico*¹⁹ (e quindi ostativo del riconoscimento del provvedimento straniero nell'ordinamento

in *Famiglia e diritto*, 2004, 1, 96-104; L. DE GRAZIA, *I diritti dei "figli incestuosi" al vaglio della Corte Costituzionale. Osservazioni a margine della sentenza n. 494/2002*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, 1, 15-18; R. PANOZZO, *La filiazione incestuosa tra inerzia del legislatore e interventi della consulta (Nota a Corte Costituzionale 28 novembre 2002, n. 494)*, in *Lo stato civile italiano*, n. 12/2005, 88-95) abbia già ritenuto incostituzionale la norma che vietava il riconoscimento dei figli nati da incesto precludendo loro l'acquisizione di un pieno status filiationis in ragione soltanto della condotta penalmente illecita dei loro genitori), e ancora, come con la [sent. 29 maggio 2020, n. 102](#) abbia fatto venire meno l'automatismo della sanzione accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale in capo al genitore autore di un grave delitto a danno del figlio, perché questo automatismo potrebbe determinare un pregiudizio per gli interessi del minore. del legislatore nella, ormai, indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficienza di tutela del minore. Riprende questo parallelismo con i “figli incestuosi” G. BARCELLONA, *Le “brutte bandiere”: diritti, colpe e simboli nella giurisprudenza costituzionale in materia di GPA. Brevi note a margine di Corte cost. 33/2021*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 13 maggio 2021.

¹⁸ Si segnala che sono intervenuti in giudizio (in qualità di *amici curiae*), con l'opinione presentata l'11 settembre 2020, l'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica a.p.s. e l'Associazione radicale Certi Diritti a.p.s. auspicando l'accoglimento delle questioni, e, con l'opinione presentata il 14 settembre 2020, l'Associazione Nazionale Famiglie Adottive e Affidatarie (ANFAA), auspicando invece la reiezione delle questioni, osservando che l'istituto dell'adozione, disciplinato dalla legge n. 184 del 1983, realizza il diritto del minore ad avere una famiglia, nell'ambito di un procedimento che impone una previa rigorosa verifica dell'idoneità dei genitori affidatari e adottivi e nel quadro di un sistema che prevede severe sanzioni penali a presidio del rispetto delle procedure di adozione. Naturalmente non è possibile approfondire in questa sede la questione riguardante la possibilità di intervenire nel giudizio davanti alla Corte costituzionale tuttavia v. almeno tra i contributi più recenti: C. DELLA GIUSTINA, *Amicus curiae: dalle origini alle modifiche delle “Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in [Osservatorio AIC](#), n. 3/2020, 2 giugno 2020, 506-520; M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in [Questione Giustizia](#), n. 4/2020, 122-136; M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2020, 30 maggio 2020, 402-425; A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, [Rivista AIC](#), n. 2/2020, 1 giugno, 426-437; P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2019, 4 marzo 2019, 120-122.

¹⁹ Sul limite dell'ordine pubblico in relazione alle questioni che riguardano i rapporti di filiazione-genitorialità v. almeno: C. TRIPODINA, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di “ordine pubblico internazionale” come varco per la realizzazione dell’“incoercibile diritto” di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in S. Niccolai, E. Olivito (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017, 119 ss.; F. ANGELINI, *Il divieto di maternità surrogata a fini commerciali come limite di ordine pubblico e strumento di tutela della relazione materna: storia di un percorso giurisprudenziale irragionevolmente interrotto*, ivi, 31 ss.; J. LONG, *Di madre non ce n'è una sola, ma si utero sì. Alcune riflessioni sul ruolo dell'ordine pubblico internazionale nelle fattispecie di surrogazione di maternità*, ivi, 145 ss.; O.

interno), in quanto posto a tutela di valori fondamentali, tra cui segnatamente la dignità umana della gestante. Infatti, la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»²⁰. Inoltre, gli accordi di maternità surrogata comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate; situazioni che, ove sussistenti, condizionerebbero pesantemente la loro decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita. In aggiunta si rileva che tali preoccupazioni sono state espresse anche dal Parlamento europeo che ha espressamente condannato «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali»²¹.

Pur riconoscendo tutto ciò, la Corte individua il *focus* principale della questione, piuttosto, negli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, nei suoi rapporti con la coppia (omosessuale, come nel caso che ha dato origine al giudizio *a quo*, ovvero eterosessuale) che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non è contraria alla legge; e che ha quindi portato in Italia il bambino, per poi qui prendersene quotidianamente cura²². Il principio valorizzato dal Giudice costituzionale è che in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi”²³ o dell’“interesse superiore”²⁴ del minore²⁵. Difatti, nelle decisioni concernenti il minore deve essere sempre ricercata «la soluzione ottimale “in concreto” per l’interesse del minore, quella

FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello “status” di figlio “nato da due madri” all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 1, 2017, spec. 171 ss.; S. TONOLO, *Ordine pubblico internazionale e atti di nascita stranieri in caso di gravidanza per altre*, in [Articolo29](#), 31 ottobre 2018; A. LORENZETTI, *La recente giurisprudenza in materia di omogenitorialità tra mutamenti di paradigmi e nuove prospettive di politica legislativa*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2108; A. SASSI, S. STEFANELLI, *Ordine pubblico differenziato e diritto allo stato di figlio nella g.p.a.*, in [Articolo29](#), 21 settembre 2018; F. ANGELINI, *L'ordine pubblico come strumento di compatibilità costituzionale o di legalità internazionale? Le S.U. della Corte di cassazione fanno punto sull'ordine pubblico internazionale e sul divieto di surrogazione di maternità Riflessioni intorno alla sentenza n. 12193 del 2019 e non solo*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2020, 3 marzo 2020, 185-211; F. FERRARI, *La legge “presa sul serio”*. Sulla q.l.c. sollevata dalla Cassazione in tema di maternità surrogata e ordine pubblico internazionale (ord. 8325/2020), in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 31 maggio 2020.

In prospettiva più ampia: F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2, 2018, 268 ss.; V. BARBA, *Note minime sull'ordine pubblico internazionale*, in [Articolo29](#), 15 luglio 2018, 2; F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, Cedam, 2007; F. CAROCCIA, *Ordine pubblico. La gestione dei conflitti culturali nel diritto privato*, Napoli, Jovene, 2018; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005; S. GUZZI, *L'incidenza della CEDU sull'eccezione dell'ordine pubblico*, in *La comunità internazionale*, n. 3/2016.

²⁰ [Corte cost., sent. 18 dicembre 2017, n. 272](#) (4.2. Considerato in diritto). Tra i numerosi commenti di questa importante pronuncia ci si limita qui a ricordare: O. SPORTELLI, *Maternità surrogata: occorre bilanciare favor veritatis e favor minoris*, in [Il Diritto Amministrativo](#); G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 15 febbraio 2018; G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 9 marzo 2018; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 1/2018, 149-177; S. AGOSTA, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2/2018.

²¹ Risoluzione del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015 (2016/2009 INI) (paragrafo 82).

²² Si noti che «non è qui in discussione un preteso “diritto alla genitorialità” in capo a coloro che si prendono cura del bambino. Ciò che è qui in discussione è unicamente l’interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l’ordinamento considera inscindibilmente legati all’esercizio di responsabilità genitoriali» ([Corte cost., sent. 33/2021](#), § 5.4. Considerato in diritto).

²³ «best interests».

²⁴ «intérêt supérieur».

²⁵ [Corte cost., sentenza n. 102/2020](#). Sul tema v. L. VINCENZO, *L'evoluzione giurisprudenziale del “best interests of the child” tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo in I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2014, fasc. 2, 343-362.

cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”»²⁶. E non v'è dubbio che l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia. Legami che sono parte integrante della stessa identità del bambino²⁷, che vive e cresce in una determinata famiglia, o comunque nell'ambito di una determinata comunità di affetti, essa stessa dotata di riconoscimento giuridico²⁸, e certamente riconducibile al novero delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost.²⁹. Sicché è indiscutibile l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso – dalla cura della sua salute, alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari –; ma anche, e prima ancora, allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte. E ciò anche laddove il nucleo in questione sia strutturato attorno ad una coppia composta da persone dello stesso sesso, dal momento che l'orientamento sessuale della coppia non incide di per sé sull'idoneità all'assunzione di responsabilità genitoriale³⁰.

Sotto un altro profilo, vi è anche «l'interesse del minore a che sia affermata in capo ai genitori la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento

²⁶ Così relativamente all'art. 30 Cost. v. [Corte cost., sentenza 10 febbraio 1981, n. 11](#); ed è stato ricondotto da plurime pronunce altresì all'ambito di tutela dell'art. 31 Cost.: [Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272](#); [12 aprile 2017, n. 76](#) (v. sul punto E. FARINELLI, *Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello “speciale interesse del minore”*, in [Processo penale e Giustizia](#), n. 5/2017, 10; D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2017, 15 novembre 2017, 1-56; A. MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art 47 “quinquies” ord. penit.*, in *Diritto penale e processo*, 2017, 8, 1047-1057; L. PACE, *Premminente interesse del minore e automatismi legislativi alla luce della sentenza costituzionale n. 76 del 2017*, in *Studium Iuris*, 2017, 12, 1453-1461; A. PUGIOTTO, *Tre telegrammi in tema di ergastolo ostativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 4, 1518-1521; P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2, 733-741; M. TIBERIO, *La detenzione domiciliare speciale nella lettura della Corte costituzionale*, in *Archivio della nuova procedura penale*, n. 6/2017, 593-598); [24 gennaio 2017, n. 17](#) (v., sul punto, E. APRILE, *Per la Consulta è legittima la scelta di limitare ai figli fino a sei anni il divieto dell'applicazione ai genitori della custodia in carcere*, in *Cassazione penale*, 2017, 4, 1465-1467; G. BELLANTONI, *Deroghe al carcere connesse all'età della prole (a proposito di una recente decisione della Corte costituzionale)*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2017, 5, 465-468; A. GASPARRE, *Presunzione di adeguatezza della custodia cautelare e tutela del minore*, in *Cassazione penale*, 2017, 9, 3174-3191) e [n. 239 del 2014](#) (v. sul punto: E. APRILE, *Per la Consulta la detenzione domiciliare speciale ex art. 47-quinquies ord. penit. non può essere aprioristicamente negata alla condannata per gravi reati*, in *Cassazione penale*, 2015, 1, 141 ss.; M. DALL'AMICO, *Se la detenuta è madre di un minore (riflessioni dopo la sentenza costituzionale n. 239/2014)*, in *Studium Iuris*, 2015, 11, 1262-1268; D.M. SCHIRÒ, *La “carcerazione degli infanti” nella lettura della Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, 2015, 3, 1067-1088; S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2015, 1-36; U. ZINGALES, *Benefici penitenziari alle madri di bambini con età inferiore a 10 anni. Commento alla sentenza n. 239 del 22 ottobre 2014 della Corte Costituzionale*, in *Minorigiustizia*, 2015, 2, 186-194; S. CIUFFOLETTI, *Le politiche legislative sulla detenzione femminile in Italia. Tra effettività e propaganda*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 3/2014, 47-71; L. PACE, *La “scure della flessibilità” colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 5, 2948-2956; F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 5, 3940-3948).

²⁷ Corte EDU, sentenza 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, paragrafo 96.

²⁸ Per ciò che concerne le unioni civili.

²⁹ [Corte cost., sent. 23 ottobre 2019, n. 221](#). Per un commento alla sentenza v., ad es., tra i tanti, M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 2/2020, 16 aprile 2020, 143 ss., L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in [Osservatorio AIC](#), n. 2/2020, 7 aprile 2020, 227-247.

³⁰ Così [Corte cost., sent. n. 221/2019](#); Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 22 giugno 2016, n. 12962; sezione prima civile, sentenza 11 gennaio 2013, n. 601.

considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano ad libitum sottrarsi»³¹. Proprio per queste ragioni, del resto, l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte EDU afferma la necessità, al metro dell'art. 8 CEDU³², che i bambini nati mediante maternità surrogata, anche negli Stati parte che vietino il ricorso a tali pratiche, ottengano un riconoscimento giuridico del "legame di filiazione"³³ con entrambi³⁴ i componenti della coppia che ne ha voluto la nascita, e che se ne sia poi presa concretamente cura³⁵.

Tuttavia, secondo il Giudice delle leggi, l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco³⁶.

La sua "preminenza" ne segnala sì l'importanza, e lo speciale "peso" in qualsiasi bilanciamento³⁷; ma anche rispetto all'interesse del minore non può non rammentarsi che «[t]utti i diritti fondamentali

³¹ [Corte cost., sent. 33/2021](#), § 5.4. *Considerato in diritto*. Per una analoga sottolineatura, si veda la [sentenza 26 settembre 1998, n. 347](#) (con note di L. BALESTRA, *Fecondazione artificiale eterologa e azione di disconoscimento della paternità: è possibile prospettare una soluzione sul piano processuale?*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 4/2, 366-374; G. FERRANDO, *Regole e principi del disconoscimento del figlio nato da inseminazione eterologa*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 4/2, 360-366; S. PATTI, *Lacune "sopravvenute", presunzioni e finzioni: la difficile ricerca di una norma per l'inseminazione artificiale eterologa*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 4/2, 347-350; M. SESTA, *Venire contra factum proprium, finzione di paternità e consenso nella fecondazione assistita eterologa*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, 4/2, 350-360; M.T. ANNECCA, *La Corte Costituzionale ha sentenziato: il diritto all'identità ed alla serenità del minore divengono le concrete speranze di una sua piena tutela*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1999, 1-2, 315-322; G. FERRANDO, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, 4/2, 223-229.; M. MIDIRI, *Il passo lento delle Camere e le due Corti (a proposito dell'inseminazione artificiale e del disconoscimento di paternità)*, in *Politica del diritto*, n. 2/1999, 291-30; G. GRASSO, *Il crepuscolo del disconoscimento, nel caso di fecondazione assistita eterologa*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1998, 3-4, 526-536), che – seppur nel diverso contesto della fecondazione eterologa – già evocava i diritti del minore «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità» (§ 3. *Considerato in diritto*).

³² Rubricato "Diritto al rispetto della vita privata e familiare" e che stabilisce che:

«1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

³³ «lien de filiation».

³⁴ [Corte cost. n. 33/2021](#), § 5.4. *Considerato in diritto*: «Né l'interesse del minore potrebbe ritenersi soddisfatto dal riconoscimento del rapporto di filiazione con il solo genitore "biologico", come è accaduto nel caso dal quale è scaturito il giudizio a quo, in cui l'originario atto di nascita canadese, che designava come genitore il solo P. F., era stato trascritto nei registri di stato civile italiani. Laddove, infatti, il minore viva e cresca nell'ambito di un nucleo composto da una coppia di due persone, che non solo abbiano insieme condiviso e attuato il progetto del suo concepimento, ma lo abbiano poi continuativamente accudito, esercitando di fatto in maniera congiunta la responsabilità genitoriale, è chiaro che egli avrà un preciso interesse al riconoscimento giuridico del proprio rapporto con entrambe, e non solo con il genitore che abbia fornito i propri gameti ai fini della maternità surrogata».

³⁵ *Mennesson v. Francia*, paragrafo 100; sentenza *D. v. Francia*, paragrafo 64.

³⁶ Sul tema del 'bilanciamento' fra i diritti la letteratura è sterminata. Pertanto, ci si limita a ricordare in questa sede nella "teoria generale", oltre agli irrinunciabili contributi di R. ALEXYS (v. almeno: *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012), G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010, spec. 173-199; e con riferimento anche alla giurisprudenza costituzionale: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992. Sui particolari temi che qui si affrontano, e quindi sul caso della procreazione medicalmente assistita v. almeno S. FABIANELLI, F. MINNI, *Diritti e scienza medica: procreazione medicalmente assistita*, in A. Morrone (a cura di), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2020, 200-214 le quali si soffermano nel dettaglio sulle sentenze nn. [151/2009](#), [162/2014](#), [96/2015](#), [221/2019](#); e ancora più nello specifico sul problema dello *status filiationis* in caso di maternità surrogata v. A. CHIUSOLO, F. MINNI, *Maternità surrogata e status filiationis: quale bilanciamento tra interesse del minore e tutela dell'identità genetica?*, in A. Morrone (a cura di), *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, cit., 215-222 i quali esaminano Corte cost., sentt. nn. [272/2017](#) e [237/2019](#).

³⁷ Sul punto v. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2016, 86 ss. ed E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2016, 77 ss.

tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»³⁸. Gli interessi del minore dovranno essere allora bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore; scopo di cui si fanno carico le Sezioni unite civili della Corte di cassazione, allorché negano la trascrivibilità di un provvedimento giudiziario straniero, nella parte in cui attribuisce lo *status* di genitore anche al componente della coppia che abbia partecipato alla surrogazione di maternità, senza fornire i propri gameti.

In questa operazione di bilanciamento la Corte non si espone direttamente nell'identificare un punto di equilibrio "nuovo", ma si limita ad individuarlo nella stessa giurisprudenza della Corte Edu: ossia nella necessità di un riconoscimento del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura, ossia nella concreta possibilità di conseguire un riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il "genitore d'intenzione", quale che sia lo strumento (lasciato al libero apprezzamento dei singoli Stati). Perlomeno astrattamente un istituto di tal tipo parrebbe esistere nel nostro ordinamento, e sembrerebbe quello della c.d. adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184. Tuttavia, scendendo più nel dettaglio sembrano rinvenirsi le prime criticità. Innanzitutto, l'adozione in casi particolari *non* attribuisce la genitorialità all'adottante. Inoltre, pur a fronte della novella dell'art. 74 c.c., operata dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219, che riconosce la generale idoneità dell'adozione a costituire rapporti di parentela, con la sola eccezione dell'adozione di persone di maggiore età, è ancora controverso – stante il perdurante richiamo operato dall'art. 55 della legge n. 184 del 1983 all'art. 330 c.c. – se anche l'adozione in casi particolari consenta di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente, e lui stesso percepisce, come i propri nonni, zii, ovvero addirittura fratelli e sorelle, nel caso in cui l'adottante abbia già altri figli propri. In ultimo, essa richiede per il suo perfezionamento anche l'assenso del genitore

³⁸ [Corte cost., sentenza 9 maggio 2013, n. 85](#) (per approfondire le problematiche in punto di bilanciamento evidenziate da questa pronuncia v. almeno: A. MARCHETTI, *Il caso Ilva tra giurisdizioni, pubblica amministrazione e legislatore: un "hard case" per il bilanciamento tra valori costituzionali*, in *Munus*, 2016, 1, 193-210; E. ZAFFALON, *Caso "Ilva". Compromesso tra diritto alla salute e diritto al lavoro*, in *Rivista penale*, 2015, 4, 299-301; M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e "ragionevole" compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in [Federalismi.It](#), n. 3/2014, 25 febbraio 2014; C. GASPARRO, *La Corte costituzionale ed il ragionevole bilanciamento di interessi nel decreto Ilva*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2014, 1-2/1, 167-186; R. ROMBOLI, *In tema di leggi provvedimento: in particolare la prosecuzione dell'attività produttiva dello stabilimento siderurgico Ilva*, in *Il Foro italiano*, 2014, 2/1, 461-463; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 3, 1505-1511; M. MASSA, *Il diritto del disastro. Appunti sul caso ILVA*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2013, 1-23; M. MAZZOTTA, *Il "caso Ilva" al vaglio della Corte costituzionale*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 10/1, 877-884; M. MEZZANOTTE, *Il "sistema normativo ambientale" nella sentenza Ilva, tra scelte discrezionali e bilanciamento dei diritti*, in *Rassegna parlamentare*, 2013, 3, 669-679; L. MILANI, *Caso ILVA: nella partita a scacchi tra autorità giudiziaria e legislatore la Corte Costituzionale prova a fare il punto della situazione*, in *La Legislazione penale*, 2013, 4, 1073-1083; G. NORI, *A proposito della sentenza ILVA*, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 2013, 1, 77-80; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 3, 1494-1498; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2013, 20 settembre 2013; P. PASCUCCI, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva". Diritto alla salute vs. diritto al lavoro*, in *Diritti lavori mercati*, 2013, 3, 671-688; D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 3, 1498-1505; U. SALANITRO, *Il decreto Ilva tra tutela della salute e salvaguardia dell'occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale*, in *Corriere giuridico*, 2013, 8-9, 1041-1049; E. VIVALDI, *Il caso Ilva: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in [Federalismi.It](#), n. 15/2013, 17 luglio 2013, 32.

“biologico”³⁹ che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finisce per essere così definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall’inizio condiviso il progetto genitoriale, e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita.

Se allora la Corte di Strasburgo non esclude a priori che l’istituto dell’adozione possa essere utilizzato per riconoscere questi particolari rapporti genitoriali e parentali del minore, la sua conformazione specifica nel nostro ordinamento lo impedisce (o comunque lo ostacola fortemente) di fatto. Non è un caso, allora, che proprio sulla inadeguatezza dello strumento dell’adozione in casi particolari si concentri l’analisi della Corte costituzionale nella [sentenza 9 marzo 2021, n. 32](#)⁴⁰.

3. La [sentenza Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32](#): ancora sulla inadeguatezza dell’adozione in casi particolari

Il Tribunale ordinario di Padova ha sollevato una questione di legittimità costituzionale relativa agli artt. 8 e 9 della l. 40/2004 e 250 c.c., in quanto, secondo la loro pacifica interpretazione, non consentirebbero al nato nell’ambito di una fecondazione eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso (*i.e.* due donne), l’attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all’adozione nei casi particolari pur essendo stato accertato giudizialmente l’interesse del minore⁴¹.

Infatti, l’interesse del nato rimarrebbe privo di tutela mancando l’assenso del genitore biologico-legale, previsto quale condizione insuperabile per procedere all’adozione in casi particolari. Si realizzerebbe così una ingiustificata disparità di trattamento sia rispetto ai nati da pma praticata da coppia eterosessuale (in ossequio delle condizioni poste dalla l. 40/2004 che ne consentono il riconoscimento), sia rispetto ai nati da pma praticata da coppie dello stesso sesso, che possano accedere all’adozione in casi particolari, in virtù del consenso prestato dalla madre biologica. Secondo la prospettazione del tribunale rimettente, in questo caso, i nati «sarebbero destinati perennemente a uno stato di figli con un solo genitore, non riconoscibili dall’altra persona che ha intenzionalmente contribuito al progetto procreativo. Essi si troverebbero in una situazione giuridica deteriore rispetto a quella di tutti gli altri nati (compresi i nati da rapporto incestuoso), per il solo fatto dell’orientamento sessuale delle persone che hanno condiviso la scelta di procreare con ricorso alle tecniche citate»⁴². In altri termini, non vengono contestati i limiti posti alle coppie omosessuali per accedere ai trattamenti di pma, bensì «l’illegittimità costituzionale della compressione dei diritti dei nati, su cui si farebbe ricadere la responsabilità inerente all’illiceità delle tecniche adottate nella procreazione»⁴³.

Nel caso in esame entrambe le madri hanno esercitato le funzioni genitoriali in modo congiunto per un lasso di tempo sufficientemente ampio per dar vita a una comunità di affetti e di cure con le figlie. Tuttavia, la decisione della madre biologica di recidere un tale legame nei confronti della madre intenzionale ha reciso anche il legame tra questa e le figlie, rendendo evidente un vuoto di tutela. Infatti, pur in presenza di un rapporto di filiazione effettivo, consolidatosi nella pratica della vita quotidiana con la medesima madre intenzionale, nessuno strumento può essere utilmente adoperato per far valere i diritti delle minori – come il mantenimento, la cura, l’educazione,

³⁹ Art. 46 della legge 4 maggio 1983, n. 184 “Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori”.

⁴⁰ Per una discussione di entrambi i casi e una messa a fuoco delle questioni civilistiche (con utili riferimenti a dottrina e giurisprudenza) si segnala il dibattito a più voci pubblicato in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 4/2021, 919 ss.

⁴¹ Non si poneva quindi, in questo caso, il problema del contrasto tra surrogazione di maternità e ordine pubblico né quello del bilanciamento tra diritti del bambino ed esigenza pubblicistica di contrasto della surrogazione di maternità.

⁴² [Corte cost. n. 32/2021](#), § 1. *Considerato in diritto*.

⁴³ *Ivi*, § 2.2.1. *Considerato in diritto*.

l'istruzione, la successione, ma anche la continuità e il conforto di abitudini condivise – con la madre d'intenzione.

La questione rivela in maniera tangibile l'insufficienza del ricorso all'adozione in casi particolari, che risulta «impraticabile proprio nelle situazioni più delicate per il benessere del minore, quali sono, indubbiamente, la crisi della coppia e la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico/legale»⁴⁴. Allora è evidente che i nati a seguito di fecondazione eterologa praticata da due donne versano in una condizione peggiore rispetto a quella di tutti gli altri nati, solo in ragione dell'orientamento sessuale delle persone che hanno posto in essere il progetto procreativo, essendo destinati a restare incardinati nel rapporto con un solo genitore⁴⁵.

4. Soltanto *un monito al legislatore*

La Corte costituzionale rileva in entrambi i casi un *vulnus* di tutele del minore incompatibile con il dettato costituzionale. Cionondimeno ritiene di non poter intervenire direttamente con una declaratoria di incostituzionalità, in quanto nessuna soluzione si impone come costituzionalmente obbligata, ma al contrario sussiste in questo caso un ampio ventaglio di opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione.

Da un lato il Giudice delle leggi riconosce che il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata nel contesto del difficile bilanciamento con la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, non può che spettare al legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità politica ([sent. n. 33/2021](#)). Dall'altro ritiene che discorso analogo valga anche per individuare le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da pma praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale ([sent. n. 32/2021](#)). Un intervento mirato della Corte, volto a risolvere gli specifici problemi sottoposte, rischierebbe piuttosto di creare disarmonie. È allora al legislatore che deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione organica che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. In entrambi i casi, dunque, l'incostituzionalità è sì accertata, ma non è dichiarata. Anzi la questione è respinta, in ossequio al principio della discrezionalità del legislatore⁴⁶.

Tali modalità operative, non nuove alla giurisprudenza costituzionale, hanno indotto parte della dottrina⁴⁷ a ritenere questo tipo decisioni quali segnali di una sostanziale rinuncia della Corte a svolgere la propria funzione di “custode della Costituzione”. Senonché, in queste ipotesi si riscontra quasi sempre la formulazione di un *monito* al legislatore. Il Giudice delle leggi, quindi, se non ritiene di poter intervenire apertamente su questioni che toccano piuttosto problemi “*de lege ferenda*” o di «politica legislativa»⁴⁸ non rinuncia a “richiamare” il legislatore, minacciando anche un suo ulteriore intervento⁴⁹ (qualora dovesse perdurare l'inerzia rispetto alla richiesta di modifica o di introduzione

⁴⁴ *Ivi*, § 2.4.1.3. *Considerato in diritto*.

⁴⁵ La stessa Corte riconosce come una simile «capitis deminutio perpetua e irrimediabile», leda il diritto al riconoscimento formale di un proprio status filiationis in modo sostanzialmente analogo a quanto avveniva in passato per i c.d. figli incestuosi (v. sul punto [Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494](#)).

⁴⁶ Così anche A. CERVATI, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, cit., 134: «La Corte costituzionale in alcune ipotesi, pur non ritenendo fuori luogo rivolgere inviti al legislatore perché realizzi un pieno adeguamento a costituzione del diritto vigente, ritiene addirittura inammissibile la questione proposta perché il suo accoglimento imporrebbe scelte di tipo legislativo».

⁴⁷ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, 305.

⁴⁸ Così [Corte cost., sent. 4 maggio 1973, n. 58](#).

⁴⁹ V. [Corte cost., sent. 25 marzo 1992, n. 125](#), § 5 *Considerato in diritto*: «L'illustrata disarmonia della norma impugnata rispetto ai principi costituzionali dianzi richiamati non può però condurre all'accoglimento della questione, dato che questa, secondo l'impostazione dell'ordinanza di rimessione, si risolve nella richiesta di una pronuncia additiva che modifichi le condizioni per la concessione ai minori delle misure dell'affidamento in prova al servizio sociale e della semilibertà. È evidente, infatti, che la scelta delle diverse modalità non può che essere rimessa alla discrezionalità del legislatore, data la possibilità, al fine di condurre la normativa a coerenza costituzionale, di una pluralità di soluzioni,

di una certa disciplina). Ed è ciò che è accaduto anche in questo particolare caso, in quanto il legislatore è stato espressamente invitato ad agire «nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore»⁵⁰, in quanto «non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore»⁵¹.

Siamo allora di fronte a due pronunce c.d. di inammissibilità-monito in quanto la Corte, pur avendo rilevato una situazione di criticità, ha ritenuto di non poter intervenire direttamente in una materia che richiede necessariamente una valutazione discrezionale del legislatore. Apparentemente si tratterebbe di un esempio di *self restraint* del Giudice delle leggi, che ha ceduto il passo al Legislatore e si è dichiarato «incompetente»⁵². Tuttavia, anche solo un esame sommario della giurisprudenza costituzionale evidenzia come in svariate occasioni la Corte, pur riconoscendo esplicitamente la propria incompetenza su particolari temi o questioni per l'esistenza di scelte di merito politico, non abbia poi esitato a pronunciarsi sul merito una volta investita nuovamente della medesima questione.

In effetti, la discrezionalità è in apparenza ritenuta un limite quando la Corte ritiene di non poter pronunciare una sentenza di accoglimento essendovi una pluralità di soluzioni alternative, nessuna delle quali risulti costituzionalmente imposta. La discrezionalità legislativa non sarebbe cioè surrogabile giudizialmente, in quanto la Costituzione non individua alcuna alternativa precisa da preferire rispetto all'altra, ma non per questo sancisce la validità della normativa. In questi casi, però «quando dichiara l'inammissibilità la Corte in definitiva riscontra o presuppone o almeno non esclude l'esistenza di un vizio di costituzionalità. Non sono rare, infatti, considerazioni sulla necessità di un intervento legislativo per eliminare gli inconvenienti che essa ritiene sussistano»⁵³ (come effettivamente accade nelle sentenze in commento). In altri termini, «la soluzione dell'inammissibilità [...] non “assolve” il legislatore, non fornisce un avallo di costituzionalità a leggi la cui compatibilità con i principi costituzionali è talora assai dubbia. Quando la Corte, per qualsiasi ragione, magari anche quella (in certa misura legittima) del timore di creare vuoti legislativi o squilibri normativi con la sua pronuncia, non se la sente di dichiarare illegittima la legge sottoposta al suo giudizio» e – come male minore – preferisce «una dichiarazione d'inammissibilità con cui, almeno, non prende posizione sul merito»⁵⁴. Nondimeno, questo limite non è ritenuto insuperabile⁵⁵. Difatti, di frequente il Giudice delle leggi ha poi agito accogliendo la questione, seppur in seconda

rinvenibili o ponendo limiti diversi da quelli ora previsti, per tutte o solo per talune delle misure alternative, o risolvendo il problema nell'ambito di una più organica regolamentazione della materia che consideri anche la disciplina della liberazione condizionale relativa ai minori. Stante questa impostazione del “*petitum*”, la questione non può che essere dichiarata inammissibile. D'altra parte, una pronunzia interamente caducatoria della norma condurrebbe ad un vuoto legislativo dei cui effetti la Corte ritiene di dover tener conto, posto che essi, allo stato, inciderebbero sulla stessa possibilità per i minori di usufruire delle misure alternative alla detenzione. Ma a tale conclusione si dovrebbe pur sempre giungere – non potendosi mantenere più a lungo nell'ordinamento una norma ai limiti della incostituzionalità – ove il legislatore non provvedesse tempestivamente a varare una normativa in materia, conforme ai principi costituzionali, alla luce dei criteri sopraindicati».

⁵⁰ [Corte cost. n. 33/2021](#), § 5.9. *Considerato in diritto*.

⁵¹ [Corte cost. n. 32/2021](#), § 2.4.1.4. *Considerato in diritto*.

⁵² Non è un caso che la pronuncia sia di “inammissibilità” non andando a toccare – direttamente – profili di merito.

⁵³ L. CARLASSARE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 62.

⁵⁴ *Ivi*, 63-64.

⁵⁵ Sul superamento delle cosiddette rime obbligate e sul problema degli “sconfinamenti” del giudice costituzionale v. nello specifico S. CECCHINI, *Illecità del ricorso a tecniche di PMA da parte di coppie dello stesso sesso e tutela del preminente interesse del minore: la sentenza n. 32/2021 della Corte costituzionale*, in [Corti supreme e salute](#), n. 2/2021, 13 ss., e più in generale v. almeno A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251 ss.; V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto. «Coscienza sociale» e giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 377 ss; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020. IDEM, *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, in [Federalismi.It.](#), n. 3/2021, 27 gennaio 2021, 64-85.

battuta, per ovviare a mancanze di tutele inerenti a diritti di particolare rilevanza⁵⁶. Motivo per cui in dottrina queste pronunce di inammissibilità cui così spesso seguono pronunce di accoglimento sono state definite di “illegittimità accertata ma non dichiarata”⁵⁷.

Proprio le parole della Corte sembrano già preannunciare l’alta probabilità di un tale esito nel caso in cui perduri l’inerzia del legislatore⁵⁸.

Come anticipato, un simile *modus operandi* – per quanto anche astrattamente criticabile – non è certamente nuovo alla Corte; e tuttavia, alla luce di alcune recenti pronunce, forse esso si presta ad essere ulteriormente discusso in rapporto a nuove alternative. Ci si riferisce, in particolare, all’[ordinanza 14 febbraio 2018, n. 207](#) (il riferimento è naturalmente alla nota vicenda Antoniani/Cappato), con la quale è stata introdotta una tecnica decisoria inedita. Il giudice delle leggi, infatti, nella citata pronuncia ha rinviato la trattazione della questione di legittimità dell’art. 580 c.p. (rubricato “Istigazione o aiuto al suicidio”) – pur rilevandone l’illegittimità – al fine di consentire al legislatore di provvedere a conformare tale disciplina alla Costituzione proprio per la natura evidentemente politica delle decisioni da prendere. In quella specifica circostanza, la strada dell’inammissibilità-monito (seguita da eventuale accoglimento) non è stata dunque considerata praticabile perché l’effetto di lasciare in vita una normativa non conforme per un periodo non preventivabile è stato reputato incompatibile con le peculiari caratteristiche e con la rilevanza dei valori coinvolti. Così si è preferito disporre un rinvio di quasi un anno con la contestuale sospensione del giudizio⁵⁹, in modo da evitare che la «disposizione continu[asse] a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiura[ndo] possibili vuoti di tutela di valori, anch’essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale». Per il tramite di tale particolarissima soluzione, molto discussa in dottrina⁶⁰, la Corte ha introdotto un vero e proprio strumento decisorio inedito.

⁵⁶ Sul tema, v. da ultimo M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?* in [Federalismi.It](#), n. 3/2021, 27 gennaio 2021, spec. 58 ss.

⁵⁷ Per una panoramica generale sulla questione v. M. Bellocci, T. Giovannetti (a cura di), *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, al sito della [Corte costituzionale](#), convegni e seminari, 11 giugno, 2010, spec. Parte I, § 3.

⁵⁸ Per citare le espressioni più significative: «questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio», «per il rispetto dovuto alla *prioritaria* valutazione del legislatore» (entrambe al § 2.4.1.4. *Considerato in diritto* della [sent. 32/2021](#)), «non può che spettare, in *prima battuta*, al legislatore» (§ 5.9. *Considerato in diritto* della [sent. 33/2021](#)); tutti i corsivi miei.

⁵⁹ «Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio a quo. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l’applicazione della disposizione stessa in parte qua».

⁶⁰ Soltanto per mostrare l’ampio dibattito suscitato da questa ordinanza si ricordano alcuni dei numerosi interventi sul tema: A. Morrone (a cura di), *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale (testi provvisori delle relazioni orali al seminario di Bologna, 12 ottobre 2018)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 10/2018, 12 ottobre 2018, 1 ss.; AA.VV., *Sull’ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2019; F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), 2018; C. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». *Considerazioni sull’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [Quaderni costituzionali](#), n. 3/2019, 567 ss.; M. CECCHETTI, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul “caso Cappato”*, in [Federalismi.It](#), n. 17/2019, 18 settembre 2019, 1 ss.; V. MARCENÒ, *L’ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2019, 1217 ss.; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 4/2018, 1323 ss.; 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](#), n. 3/2019, 531 ss.; P. VERONESI, *La Corte costituzionale “affina, frena e rilancia”: dubbi e conferme nella sentenza sul “caso Cappato”*, in [BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), n. 1/2020, 5-26; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nell’autodeterminazione alla morte*, in *Cassazione penale*, n. 2/2019, 533-546; C. CUPELLI, *Il caso Cappato e la dignità nell’autodeterminazione alla morte*, in *Notizie di Politeia*, 2019, 133, 156-163; E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2019, 13 maggio 2019, 38-154; A. ANZON, *Un nuovo tipo di*

Questa ordinanza, invero, se da una parte riconosceva l'illegittimità della normativa impugnata e denunciava l'impossibilità per la Corte di intervenire direttamente su scelte di merito tramite apporti variamente manipolativi⁶¹, dall'altra imponeva al Parlamento una precisa scadenza entro il quale riportare il sistema a legalità. «In sostanza, la Corte, trattenendo presso di sé la questione e dunque lasciando in sospeso la definizione del giudizio *a quo*, chiede al legislatore di procedere tempestivamente, riservandosi altrimenti di intervenire in modo più penetrante di quanto il rispetto della discrezionalità del legislatore non consenta ordinariamente»⁶².

Con la [sentenza n. 242/2019](#), preso atto dell'inerzia, il Giudice delle leggi ha successivamente dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. «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) [...], 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».

La vicenda ora ricordata sembra dunque attestare la possibilità (e, dunque, l'opportunità), da parte dell'organo di giustizia costituzionale (quanto alla scelta del tipo di decisione da assumere), di tenere in considerazione anche il fattore tempo (caratterizzante, di per sé, anche lo schema inammissibilità-monito-incostituzionalità) in rapporto alla natura degli interessi in gioco: i diritti fondamentali non possono aspettare *sine die*, ma all'illegittimità bisogna necessariamente porre rimedio, in casi estremi anche a dispetto della tensione che in questo modo si viene a creare rispetto alla discrezionalità legislativa. E anche la progressiva presa di coscienza dell'insensibilità del legislatore ai moniti del Giudice delle leggi sembrerebbe avere avuto un ruolo in questa progressione. In altri termini, con la sentenza n. 242/2019 si è esplicitamente riconosciuto che, in determinate condizioni nelle quali siano in pericolo i diritti fondamentali, un intervento della Corte anche a discapito della discrezionalità del legislatore sia non soltanto (astrattamente) possibile, ma anche (in concreto) necessario⁶³.

*decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata", in Giurisprudenza costituzionale, n. 6/2018, 2459 ss.; R. PINARDI, Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria), in Giurisprudenza costituzionale, 2018, 2465 ss.; G. REPETTO, Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità, in Giurisprudenza costituzionale., 2018, 2487 ss.; U. ADAMO, In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare, in [Diritti Comparati](#), 23 novembre 2018, 1 ss.; N. FIANO, L'ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1/2019, 277 ss.; G. LEO, Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie dell'aiuto al suicidio, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1/2019, 241 ss.; M. PICCHI, "Leale e dialettica collaborazione" fra Corte costituzionale e Parlamento, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2018, 1 ss.; M. RAVERAIRA, La decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato, in *Lo Stato*, n. 11/2018, 433 ss.; P. CARNEVALE, [Incappare... in Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018](#), in questa [Rivista](#), 2019/II, 1 ss.; P. CARNEVALE, Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza 207 del 2018 della Corte costituzionale, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 28 giugno 2019, 1 ss.; C. MASCIOTTA, Innovazioni procedurali e "nuovi diritti", in [Federalismi.It](#), n. 6/2019, 20 marzo 2019, 1 ss.; G. RAZZANO, Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 2/2019, 1 luglio 2019, 1 ss.; G. SERGES, E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2019, 1 ss.; S. TALINI, Il controverso rapporto tra giurisprudenza costituzionale, scelte parlamentari e decisioni di Strasburgo: considerazioni di sistema a partire dalla nuova udienza sul "caso Cappato", in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2019, 1 ss.*

⁶¹ Corte cost., ord. 207/2018, § 10. *Considerato in diritto* «il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica».

⁶² 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, 26 giugno 2019, 660.

⁶³ § 4. *Considerato in diritto*: «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

Con l'[ordinanza n. 132 del 2020](#) ha replicato questo schema concedendo al Parlamento un anno di tempo⁶⁴ per approvare una nuova disciplina che operi l'opportuno bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione personale nel reato di diffamazione a mezzo stampa. Analogamente ha fatto con la recente decisione in materia di c.d. ergastolo ostativo, rinviando la decisione a maggio 2022⁶⁵.

È quindi evidente che allo strumento della doppia pronuncia – inammissibilità-monito e successiva sentenza di accoglimento – si è affiancata la nuova tecnica processuale dell'ordinanza motivata di rinvio della trattazione e successiva sentenza di accoglimento. In entrambi i casi comune è il presupposto, ovvero l'espreso accertamento di una violazione della Costituzione, (violazione) che la Corte intima al legislatore di rimuovere. La differenza, dal canto suo, sta nel fatto che essa «può accompagnare quell'intimazione dalla prospettazione di conseguenze chiare e a data certa dell'inesecuzione oppure non farlo. In altri termini può formulare un ordine o un monito»⁶⁶.

Ad oggi non è ancora possibile una tassonomia che aiuti a capire chiaramente (e dunque anche a prevedere) quali siano le differenze che portano la Corte ad adoperare questo “nuovo” strumento piuttosto che il “vecchio”: detto altrimenti, «non si comprende quale sia il discrimine fra *vulnus* ai diritti costituzionali della persona, ove alcuni, a quanto pare, giustificano la messa in mora del Parlamento e altri consentono al più la formulazione di un monito al legislatore»⁶⁷.

della materia, alla quale spetta la priorità. Come più volte si è avuto modo di rilevare, «posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio» (sentenze [n. 162 del 2014](#) e [n. 113 del 2011](#); analogamente [sentenza n. 96 del 2015](#)). Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò «specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore» ([sentenza n. 99 del 2019](#), sulla quale, più diffusamente: M. RUOTOLO, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il “reo folle”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 1103 ss.; F. SIRACUSANO, *Il “reo folle” davanti al giudice delle leggi: la Corte costituzionale supplisce all'ostinata inerzia del legislatore*, ivi, 1111 ss.; D. PICIONE, *Il silenzioso epitaffio per l'art. 148 c.p.: l'inizio della fine per la differenza di trattamento tra grave infermità fisica e psichica*, ivi, 1121 ss.; F. DALLA BALLA, *Squilibri trattamentali, verso l'uso della nosografia psichiatrica per la relativizzazione in senso soggettivo dell'afflizione penale?*, ivi, 1130 ss.). «Risalente, nella giurisprudenza di questa Corte, è l'affermazione per cui non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti ([sentenza n. 59 del 1958](#)). Ove, però, i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (susceptibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa), 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 (in questo senso, sentenze n. [40 del 2019](#), n. [233](#) e [222 del 2018](#) e n. [236 del 2016](#))).»

⁶⁴ La Corte ha rinviato la trattazione della questione all'udienza del 22 giugno 2021. Poi, con la [sentenza 12 luglio 2021, n. 150](#) ha dichiarato incostituzionale l'articolo 13 della legge sulla stampa (n. 47 del 1948) che fa scattare obbligatoriamente, in caso di condanna per diffamazione a mezzo stampa compiuta mediante l'attribuzione di un fatto determinato, la reclusione da uno a sei anni insieme al pagamento di una multa.

⁶⁵ [Corte cost., ord. n. 97 del 2021](#), con la quale si è rilevato che «la vigente disciplina del cosiddetto ergastolo ostativo preclude in modo assoluto, a chi non abbia utilmente collaborato con la giustizia, la possibilità di accedere al procedimento per chiedere la liberazione condizionale, anche quando il suo ravvedimento risulti sicuro. Ha quindi osservato che tale disciplina ostativa, facendo della collaborazione l'unico modo per il condannato di recuperare la libertà, è in contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione e con l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, l'accoglimento immediato delle questioni rischierebbe di inserirsi in modo inadeguato nell'attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata. La Corte ha perciò stabilito di rinviare la trattazione delle questioni a maggio 2022, per consentire al legislatore gli interventi che tengano conto sia della peculiare natura dei reati connessi alla criminalità organizzata di stampo mafioso, e delle relative regole penitenziarie, sia della necessità di preservare il valore della collaborazione con la giustizia in questi casi» (così Comunicato stampa della Corte cost. del 15 aprile 2021).

⁶⁶ A. MATTEONI, [Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?](#) in questa [Rivista](#), [2021/II](#), 371.

⁶⁷ *Ibidem*. Analogamente si interroga sulle motivazioni che inducono la Corte a scegliere uno strumento piuttosto che l'altro A. FRONTONI, *L'adozione in «casi particolari» non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata*, in [Nomos](#), n. 2/2021, 7-8. Ma su altre soluzioni adottabili dalla Corte v. anche C.

A ben vedere, infatti, lo strumento “forte” è stato utilizzato in un caso – quello della diffamazione a mezzo stampa – che, anche solo nelle parole della stessa Corte, non sembrava da considerarsi *così* grave; mentre lo strumento “debole” è stato impiegato in riferimento a diritti del minore *esplicitamente* riconosciuti come di primaria importanza. Quello che lascia maggiormente perplessi rispetto a un atteggiamento finora abbastanza “altalenante” è che l’attuale *trend* non sembra trovare una spiegazione immediata (e tantomeno evidente) nelle motivazioni espresse dalla Corte in queste decisioni. Essa, infatti, si è limitata a dire che la tutela “forte” è possibile tutte le volte in cui emergano valori di primario rilievo e laddove – per le peculiarità del caso concreto (ossia quando si assiste ad una compressione rilevante degli importanti valori coinvolti) – non sia sufficiente un monito. Come già si accennava, tuttavia, ciò non è ancora sufficiente per comprendere appieno le valutazioni – di volta in volta – svolte dalla Corte, tanto che sembra difficoltoso prevedere in modo attendibile i possibili sviluppi di tale orientamento per il prossimo futuro, e non per caso c’è chi ha osservato come questa giurisprudenza testimoni, piuttosto, la «piena fungibilità dei tipi di decisione»⁶⁸.

Tale modo di operare evidenzia inevitabilmente alcune criticità anche per quanto concerne la vicenda giurisprudenziale della pma. Infatti, a fronte di un nuovo strumento che pare si sia oramai affermato, viene giocoforza da chiedersi quali siano stati i motivi che hanno indotto la Corte a preferire una pronuncia di inammissibilità-monito nei casi di cui alle sentt. [32](#) e [33](#). Proprio l’importanza degli interessi dei minori⁶⁹ poteva (e verosimilmente sembrava) suggerire la soluzione dell’“ordinanza di rinvio” come la più proficua per una (anche solo temporanea, ma) effettiva tutela.

Dalle motivazioni di tutte queste diverse pronunce non è possibile comprendere quali siano state le specificità dei singoli casi valorizzate per prediligere l’uno piuttosto che l’altro strumento decisorio. Vero è che certamente la “nuova” tecnica è stata impiegata in troppo poche occasioni per poter avere una panoramica chiara del nuovo *modus operandi* della Corte. Forse, proprio per questo, sarebbe stato utile avere qualche indicazione in più in punto di motivazione, considerando che nell’ord. 132/2020 non si definisce mai la necessità di colmare il riscontro *vulnus* costituzionale come ‘*indifferibile*’, al contrario di quanto accade nelle sentenze qui in commento. L’unico argomento del rinvio ad una successiva udienza sembra possa rilevarsi nello «spirito di leale collaborazione istituzionale»⁷⁰, giustificato alla luce della esistenza di progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa. Tuttavia, neppure tale (ipotetica) motivazione parrebbe di per sé determinante, in quanto ben potrebbe prestarsi anche per argomentare la scelta opposta, ossia quella di una pronuncia di inammissibilità-monito. Più in generale, parrebbe che i motivi ad indurre il Giudice costituzionale a plasmare questa nuova tecnica decisoria siano stati, invece, la natura degli interessi in gioco (non sembra un caso, infatti, che la Corte abbia coniato tale tecnica per risolvere una delicata questione di “fine vita”). Per questo motivo appare plausibile concludere che la sua ammissibilità si fondi primariamente sul “peso” dei diritti e degli interessi oggetto della controversia.

Con ciò non si vuole sostenere che, rispetto alle delicate questioni sollevate in merito al riconoscimento del rapporto parentale con il genitore intenzionale, la Corte dovesse *necessariamente* propendere per il ricorso alla pronuncia di incostituzionalità prospettata inaugurata nel caso Antoniani/Cappato. Per certi versi, anzi, la decisione di lasciare ampi margini di intervento al legislatore (senza puntuali “messe in mora”) potrebbe anche costituire un *revirement* apprezzabile alla luce dell’intrinseca “politicità” di simili problematiche, in coerenza col disposto dell’art. 28 l. 87/1953. Ci si limita qui soltanto ad evidenziare come, in questo modo, rimanga incerta

MASCIOTTA, *La vexata quaestio della maternità surrogata torna dinanzi ai giudici costituzionali*, in [Federalismi.It](#), n. 22/2021, 22 settembre 2021, 194-197.

⁶⁸ A. RUGGERI, [La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore \(Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021\)](#), in questa [Rivista](#), 2021/I, 221.

⁶⁹ «in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi” (best interests) o dell’“interesse superiore” (intérêt supérieur) del minore» ([Corte cost., sent. n. 33/2021](#), § 5.3. *Considerato in diritto*).

⁷⁰ [Corte cost., ord. n. 132/2020](#), § 8 *Considerato in diritto*.

l'individuazione di criteri precisi e definiti che giustificano la scelta di utilizzare, anche nel caso della pma, l'una o l'altra tecnica tra quelle astrattamente a disposizione. Situazione, questa, che ripropone una volta di più il problema di ordine generale sulle regole del processo costituzionale e sulla loro reale efficacia vincolante, atteso che il loro rispetto parrebbe essenziale per garantire non soltanto un orientamento prevedibile della Corte, ma anche un elevato livello di tutela sostanziale dei cittadini, consentendo loro di poter «individuare standard di comportamenti che offrano, nei limiti del possibile, prospettive di certezza»⁷¹.

⁷¹ L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario (Roma 13-14 novembre 1989)*, Milano, Giuffrè, 1990, 98.

PARTE SECONDA

LIBRI E RECENSIONI

Alessandro Morelli

Il virus populista: riflessioni su riduzionismo e antipluralismo nella politica contemporanea a partire dal volume “Populismi e rappresentanza democratica” di Alberto Lucarelli, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020*

ABSTRACT: *The paper is a review of a book by Alberto Lucarelli on populism and democratic representation. The Author focuses mainly on the issue of compatibility between populism and democracy, getting to the conclusion that the complete implementation of the populist plan is incompatible with the pluralist character of contemporary democracy.*

SOMMARIO: 1. Gli *invisibili* della democrazia rappresentativa e il *virus populista*. – 2. Il populismo come mentalità. – 3. Populismo, pluralismo, personalismo. – 4. Il fallimento populista come unica possibilità di sopravvivenza e di sviluppo della democrazia pluralista.

1. *Gli invisibili della democrazia rappresentativa e il virus populista*

Il volume di Lucarelli ha innanzitutto il pregio di sottolineare l'importanza di un tema fondamentale e, tuttavia, spesso trascurato nell'esame dell'impatto del populismo sulle istituzioni democratiche: il *rapporto tra rappresentanza e visibilità*.

Rappresentare vuol dire, nel suo significato basilare, “rendere presente ciò che è assente”¹. In ogni istituzione umana, in quanto tale limitata e imperfetta, non tutti e non tutto sono rappresentabili e, dunque, presenti. Qualcuno o qualcosa sono sempre destinati a rimanere fuori dal *rapporto* di rappresentanza, ignorati dal rappresentante o dai rappresentanti.

Nello Stato liberale ottocentesco erano tanti gli esclusi dai luoghi della rappresentanza politica: non a caso Giannini parlava di uno «Stato monoclasse», nel senso che, a parte le istituzioni appannaggio del clero e della nobiltà, soltanto la classe borghese trovava soddisfazione ai propri interessi attraverso i luoghi della rappresentanza politica². L'estensione del suffragio ha ampliato lo spettro del rappresentabile da parte dell'apparato istituzionale ma anche nell'attuale democrazia pluralista esiste comunque una massa di *invisibili*, che continuano a non trovare rappresentanza istituzionale. La condizione d'invisibilità coinvolge sia gli esclusi dalle pratiche e dai luoghi della democrazia rappresentativa (come, per esempio, gli immigrati) sia tutti coloro che, pur essendo in astratto rappresentabili attraverso i circuiti democratici, non trovano comunque risposte alle loro istanze nelle dinamiche dei processi decisionali pubblici. La questione dell'invisibilità finisce così con il coincidere con quella dei limiti strutturali della democrazia rappresentativa. Rileva, al riguardo, Lucarelli come «le varieguate forme di populismo, nelle differenti accezioni semantiche e filologiche, abbiano un *fil rouge*, rappresentato dalla dicotomia metafisica visibilità/invisibilità». Il populismo avrebbe, tra l'altro, tra i suoi obiettivi «quello di dare visibilità strutturale e funzionale al popolo, prescindendo dalla rappresentanza, o meglio dai modelli classici della partecipazione democratica»³. Quello populista è, dunque, inquadrato come un tentativo di rimediare ai limiti della liberaldemocrazia post-moderna, di far fronte alla «discrasia tra forma (rappresentanza) e sostanza (condizioni ed esigenze materiali)»⁴.

* Pubblicazione effettuata ai sensi dell'art. 3, comma 13, del Regolamento della Rivista.

¹ Per un quadro delle diverse concezioni della rappresentanza sia consentito rinviare al mio *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, spec. 45 ss.

² M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986, 35 ss.; ID., *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1988, 139 ss.; in tema anche S. Cassese, G. Guarino (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Giuffrè, Milano, 2000.

³ A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 56 s.

⁴ *Ivi*, 67.

Il problema non è tanto capire se la risposta populista sia idonea a risolvere i problemi per i quali è stata formulata ma se sia compatibile con la stessa democrazia pluralista o se la sua compiuta realizzazione implichi il superamento di tale forma di Stato. L'Autore propende per la prima ipotesi, sostenendo l'esistenza di un *populismo democratico*, che declinerebbe «la sovranità popolare attraverso più dimensioni dell'azione democratica», reagirebbe, «con una visione plurale e anti-egemonica, alla post democrazia dell'antipolitica o della postpolitica», esprimerebbe «richieste per una politica quantitativamente e qualitativamente diversa», ma, di contro, non si contrapporrebbe «aprioristicamente alla rappresentanza come il populismo sviluppatosi in America latina che si contrappone alla democrazia costituzionale»⁵. Tale populismo si distinguerebbe da quello *liberista*, proteso ad «affermare egoismi, riduzione dell'imposizione fiscale, sicurezza della proprietà privata, riduzione degli spazi pubblici, lotta alla migrazione, maggiore libertà di impresa, minori oneri sociali»⁶. A differenza di quest'ultimo, contrastante con l'ispirazione solidarista dello Stato sociale, il populismo democratico sarebbe compatibile con la democrazia pluralista e anzi contribuirebbe a rivitalizzarne forme e istituti.

Un secondo pregio del volume di Lucarelli è, dunque, quello di affrontare in modo diretto il tema della compatibilità del populismo con la forma democratica, così come si è andata plasmando nell'esperienza maturata dagli Stati occidentali nell'ultimo secolo: una forma ordinamentale che riconosce il principio di sovranità popolare non come un dogma assoluto, illimitato e illimitabile, ma, al contrario, come una potestà esercitabile nelle forme ed entro i vincoli dettati da una costituzione (o da un complesso di fonti costituzionali) che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo e il pluralismo (in tutte le sue declinazioni) come valori da salvaguardare anche nei confronti delle mutevoli maggioranze politiche. Se si muove da tale assunto, tuttavia, la stessa formula “populismo democratico” rischia di suonare come un ossimoro, considerato che, pur nella molteplicità di accezioni che del termine “populismo” si sono adottate, connotati indefettibili del fenomeno sono la *vocazione riduzionista* e l'*ispirazione antipluralista* delle forze politiche populiste. Per quanto si verrà dicendo, il populismo potrebbe produrre solo indirettamente (e involontariamente) il rafforzamento e la rivitalizzazione delle istituzioni democratiche, qualora il sistema immunitario della stessa democrazia pluralista riuscisse a reagire al *virus populista*, uscendone vittorioso.

2. Il populismo come mentalità

Il tentativo di definire il “populismo” ha ingenerato in diversi studiosi quello che Isaiah Berlin ha definito il *complesso di Cenerentola*, l'idea che ci sia una “scarpa”, il populismo “puro”, per la quale esisterebbe, da qualche parte, un introvabile piede che la calzerebbe perfettamente⁷. Lucarelli sottolinea le difficoltà che s'incontrano nella ricostruzione di ciò che oggi si definisce comunemente populismo, poiché la contrapposizione tra popolo ed *élites* non coglierebbe tutta la portata della variegata realtà politica evocata dal termine⁸.

Il populismo, in effetti, non è un'ideologia: non è un sistema di credenze correlate, di idee e valori concernenti l'ordine politico e, inoltre, è nota l'insofferenza dei capi populistici verso il concetto stesso di “ideologia”⁹. Non è nemmeno soltanto uno stile politico, non esaurendosi in esso (benché certo possano delinearci i tratti di uno “stile populista” largamente usato nelle pratiche politiche, uno stile caratterizzato dall'impiego di un linguaggio popolare, spesso volgare, dalla tendenza alla semplificazione estrema delle questioni pubbliche, dall'exasperazione dei toni, dal richiamo a proverbi e a luoghi comuni e dal riferimento alla saggezza popolare come chiave di risoluzione di

⁵ Ivi, 103.

⁶ Ivi, 88.

⁷ D. MacRae, L. Shapiro, F.W. Deakin, H. Seton-Watson, P. Worsley, E. Gellner, I. Berlin (a cura di), *Conference on populism: verbatim report*, London School of Economics and Political Science, London, 1967, 139.

⁸ Cfr. A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, cit., 24.

⁹ Cfr. M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, 2a ed., Il Mulino, Bologna 2015, 40.

tutti i problemi, anche i più complessi)¹⁰. La definizione più adeguata a cogliere l'essenza del fenomeno indagato sembra essere, invece, quella che vede nel populismo una «*mentalità che individua il popolo come una totalità organica artificialmente divisa da forze ostili, gli attribuisce naturali qualità etiche, ne contrappone il realismo, la laboriosità e l'integrità all'ipocrisia, all'inefficienza e alla corruzione delle oligarchie politiche, economiche, sociali e culturali e ne rivendica il primato, come fonte di legittimazione del potere, al di sopra di ogni forma di rappresentanza e di mediazione*»¹¹. Si potrebbe forse parlare di un "paradigma populista", se anche quello di paradigma non fosse un concetto abusato¹².

L'idea del populismo come mentalità ne spiega l'adattabilità a discorsi politici di diversa ispirazione. In particolare, la vaghezza e la valenza simbolica del concetto di "popolo" consentono la molteplicità di declinazioni della mentalità populista, per la quale il popolo stesso è un'entità «idealizzata e mitica»¹³, variamente traducibile come: unità nazionale coesa, messa continuamente in crisi dall'azione nociva e disgregatrice dei partiti politici; insieme dei diseredati, dei derelitti, dei poveri; gente comune, i cittadini, in opposizione alla casta corrotta dei politici di professione o dei poteri forti; o ancora comunità etnica, tenuta insieme da legami geografici, linguistici, storici ecc.¹⁴.

Pur potendo veicolare politiche economico-sociali di segno diverso e persino opposto, il populismo promuove un'unica idea di democrazia plebiscitaria nella quale le elezioni sono viste come «un semplice meccanismo di certificazione degli sforzi compiuti per creare un processo di identificazione con un leader, che dal successo riterrà di aver tratto la legittimazione ad agire nell'interesse collettivo seguendo esclusivamente le proprie convinzioni, senza doversi sentire impacciato dai vincoli imposti da mediazioni e rispetto di formalità istituzionali»¹⁵. Si manifesta così un evidente paradosso nella narrazione populista che, da un lato, propaganda l'introduzione di un mandato imperativo materialmente, prima ancora che costituzionalmente, incompatibile con i principi di funzionamento della democrazia costituzionale, mentre, dall'altro, tende a promuovere effettivamente solo una semplificazione della democrazia rappresentativa e l'introduzione e il rafforzamento di quelli di democrazia diretta (o partecipativa)¹⁶. Professione di fede nel senso pratico e poca dimestichezza con il principio di realtà coesistono contraddittoriamente in quello che è stato efficacemente descritto, più che come un pensiero autoritario, come una forma di «fondamentalismo democratico»¹⁷. Il populismo è, dunque, astrattamente compatibile con la democrazia ma, per la sua tendenza ad assolutizzare il principio di maggioranza (nel quale finisce con il tradursi, nei fatti, l'asserita onnipotenza della volontà popolare), non con un assetto liberale e pluralista.

3. Populismo, pluralismo, personalismo

Il riduzionismo che ispira la mentalità populista comporta una semplificazione estrema del politico: la complessità sociale si dissolve nella totalizzante dialettica tra casta e popolo, che evoca la

¹⁰ *Ivi*, 48.

¹¹ *Ivi*, 77.

¹² Riguardo al concetto di paradigma, è imprescindibile il rinvio a T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1962, trad. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 1999. In tema cfr. anche M. MASTERMAN, *The Nature of a Paradigm*, in I. Lakatos, A. Musgrave (ed.), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge University Press, London, 1970, 59 ss., trad. it. *La natura di un paradigma*, in I. Lakatos, A. Musgrave (a cura di), *Critica e crescita della conoscenza*, Feltrinelli, Milano, 1976.

¹³ M. TARCHI, *Italia populista*, cit., 52. Sul concetto di "popolo" nella democrazia rappresentativa cfr. ora P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino, 2018.

¹⁴ M. TARCHI, *Italia populista*, cit., 53 ss.

¹⁵ *Ivi*, 78.

¹⁶ *Ivi*, 80.

¹⁷ Così A. MASTROPALO, *Politics against Democracy: Party Withdrawal and Populist Breakthrough*, in D. Albertazzi, D. McDonnell (ed.), *Twenty-first Century Populism. The Spectre of Western European Democracy*, Palgrave MacMillan, London, 2008, 34.

contrapposizione schmittiana tra amico e nemico¹⁸. Si tratta di un dato certo insufficiente – come rileva Lucarelli – a ricostruire il fenomeno, ma comunque imprescindibile, al quale si associa, innanzitutto, la peculiare visione della rappresentanza politica, la quale, in tale prospettiva, si traduce in un rapporto di *rappresentazione simbolico-identitaria*¹⁹, che attraverso una narrazione paternalistica tende, di fatto, a legittimare una condizione di assoluta indipendenza (e arbitrarietà) del governante. Il distacco tra quest’ultimo e i governati, nell’immaginario populista, finisce con l’azzerarsi, mentre le istituzioni rappresentative sono percepite come un male necessario e, di contro, si promuovono meccanismi atipici di partecipazione (come quelli delle nuove tecnologie²⁰), quali forme di esercizio immediato della sovranità popolare.

Sul piano istituzionale, il populismo tende a una drastica semplificazione dell’apparato statale e dell’organizzazione ordinamentale, mirando a ridimensionare o a cancellare del tutto ogni intralcio al dispiegarsi della volontà maggioritaria. Estranea alla mentalità populista è la visione della democrazia come mediazione e compromesso, sostituita dal valore del «conflitto divisivo», il che, com’è stato scritto, comporta la rinuncia all’idea che la democrazia sia un «regime funzionale alla ricerca incessante del bene comune»²¹. Il raggiungimento del quale, secondo i populistici, è assicurato invece dalla stessa realizzazione della volontà di un popolo illuminato e infallibile.

In tale prospettiva, se l’abolizione del divieto di mandato imperativo appare funzionale soltanto all’instaurazione di un rigido vincolo di mandato di partito, che assicuri la fedeltà dei parlamentari ai voleri del movimento populista²², le riforme istituzionali coerenti con un siffatto disegno sono tutte dirette a rafforzare gli strumenti di partecipazione, intesi come mezzi di esercizio di una democrazia diretta, reputata superiore a quella rappresentativa²³. Sembrano muoversi in questa direzione riforme come la riduzione del numero dei parlamentari, recentemente introdotta con la legge costituzionale n. 1 del 2020, o altre attualmente al vaglio delle Camere, quali la riduzione del *quorum* di validità del referendum abrogativo o l’introduzione di un “referendum propositivo” (istituto noto anche come “iniziativa legislativa indiretta”), che consentirebbe un esercizio popolare della funzione legislativa anche in contrasto con la stessa volontà delle Camere in carica²⁴.

La compiuta realizzazione di ogni disegno populista, indipendentemente dall’ispirazione delle politiche economico-sociali dallo stesso promosse, non può non riguardare anche il sistema delle garanzie costituzionali. Se in una prima fase, il populismo può tollerare e anzi esaltare una magistratura e una giustizia costituzionale autonome e indipendenti, in una fase di più avanzata realizzazione del suo disegno non può che tendere all’affermazione di un unico titolo di legittimazione del potere, non potendo tollerare forma alcuna di pluralismo istituzionale²⁵. Quel che,

¹⁸ Cfr. C. SCHMITT, *Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1932, trad. it. *Il concetto di ‘politico’*, in ID., *Le categorie del ‘politico’*, Il Mulino, Bologna 1972, 101 ss.

¹⁹ In tema, sia consentito rinviare ancora al mio *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, cit., *passim*. Sugli effetti negativi del populismo e del nazionalismo sulla democrazia rappresentativa cfr. ora A. RUGGERI, *“Forma di governo” e “sistema dei partiti”: due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?*, in questa *Rivista*, 2018, 599 ss.

²⁰ Sugli aspetti critici della democrazia digitale, cfr. ora P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l’uso)*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, 71 ss.

²¹ Così M. DELLA MORTE, *La difficile ricostruzione di un lessico rappresentativo*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2017, 7.

²² Sul punto sia consentito rinviare ancora al mio *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, cit., spec. 101 ss.

²³ Sul punto, in senso critico, cfr. per tutti M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Atti del Convegno di studio per celebrare la Casa editrice Cedam nel I centenario dalla fondazione (1903-2003), Padova, 19-20-21 giugno 2003, Cedam, Padova, 2004, 181 ss.; ID., *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione. La formazione delle leggi*, t. I, 2, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli-Soc. ed. del Foro It., Bologna-Roma, 2005, 8 ss.

²⁴ Sul carattere populista e antiparlamentarista di tali riforme cfr., per tutti, F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l’antiparlamentarismo e i corsi e i ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 517 ss.

²⁵ Sul principio pluralista cfr. ora F.R. DE MARTINO, *L’attualità del principio pluralista come problema*, in M. Della Morte, F.R. De Martino, L. Ronchetti (a cura di), *L’attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant’anni*, Il Mulino, Bologna, 2020, 49 ss.

tuttavia, non appare mai compatibile con la mentalità populista (o che comunque è da questa difficilmente tollerato) è la dimensione individuale delle libertà e dei diritti. Sia per questo sia per la sua refrattarietà ad accettare e a tradurre in forme politiche la complessità sociale, il populismo risulta irrimediabilmente incompatibile con la vocazione personalista dell'ordinamento repubblicano, che non tollera alcuna mutilazione dell'assetto istituzionale che possa tradursi in un sacrificio di esigenze primarie della persona umana²⁶. Il riconoscimento di un soggetto istituzionale come l'*autentico* "portavoce" della volontà popolare finisce con il rimettere all'arbitrio di quest'ultimo (e della maggioranza acclamante che lo supporta) il destino dei diritti individuali e delle minoranze e con il conferire agli organi di garanzia il ruolo di meri attuatori della stessa volontà del decisore politico. Il paesaggio spettrale che si scorge sullo sfondo della narrazione populista è allora quello della tirannia della maggioranza e dell'oclocrazia.

Per l'antropologia ottimistica e la fede cieca nelle virtù del popolo sovrano che lo ispirano, il populismo supera la convinzione che il diritto dello Stato costituzionale non debba tradursi nella legge del più forte ma, al contrario, in quella del più debole²⁷. Si coglie qui la distanza siderale che separa la mentalità populista dall'ispirazione personalista dell'ordinamento repubblicano: il populismo, con la sua visione totalizzante e manichea, è incapace di cogliere le diverse condizioni in cui versano gli individui, mostrandosi estraneo alla pretesa ideale di assicurare a tutti, soprattutto ai più deboli, i mezzi necessari a consentire il pieno sviluppo della persona umana. Le promesse populiste fatte a tutti gli *invisibili* della democrazia rappresentativa sono, dunque, illusorie, destinate inevitabilmente a essere disattese.

4. Il fallimento populista come unica possibilità di sopravvivenza e di sviluppo della democrazia pluralista

La mentalità populista, d'altro canto, riesce a veicolare le reazioni agli effetti negativi della globalizzazione e a dare risposte, pur confuse e irrealistiche, alle paure e alle insoddisfazioni determinate dal declino dello Stato sociale. Da questo punto di vista, il populismo non può essere condannato senza una riflessione critica sulle ragioni del suo sviluppo e, in tal senso, deve cogliersi la sfida intellettuale proposta dal volume di Lucarelli.

Nel vuoto prodotto dalla fine delle ideologie del XX secolo, i populismi predicano un riduzionismo politico adeguato ai tempi, che, tuttavia, al pari dei totalitarismi del passato, appare altrettanto inconciliabile con le esigenze di garanzia dei diritti fondamentali e di salvaguardia della dignità umana. Orientati a promuovere una trasformazione in senso illiberale delle democrazie

Sulla pluralità di forme di legittimazione del potere nella democrazia costituzionale cfr., in particolare, A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano, 1994; ID., *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, Giappichelli, Torino, 2005, 569 ss.; in tema v. anche L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005, 271 ss.

²⁶ Sul punto sia consentito rinviare ai miei *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in M. Della Morte, F.R. De Martino, L. Ronchetti (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, cit., 31 ss. e, più ampiamente, *El reduccionismo populista y sus efectos en la representación política y en la jurisdicción*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 31/2019. Sul principio personalista cfr. A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2015, 167 ss.

²⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, conversazione con M. Barberis, Il Mulino, Bologna, 2013, 45, sono «leggi del più debole – in alternativa alla legge del più forte che vigerebbe in loro assenza – tutti i diritti fondamentali, costituzionalmente stabiliti, sia di libertà sia sociali, nonché le loro garanzie, sulla cui base si legittimano i diversi rami del diritto: dal diritto penale – che tutela il più debole che nel momento del reato è la vittima, nel momento del processo è l'imputato, e nel momento dell'esecuzione penale è il condannato – al diritto del lavoro, al diritto di famiglia, al diritto pubblico, al diritto internazionale, che tutelano le parti deboli dei rapporti economici, familiari, sociali, politici e militari. Perfino il diritto di proprietà è la legge del debole contro la forza di chi potrebbe appropriarsi dei suoi beni con la violenza».

contemporanee, i movimenti populistici possono sollecitare paradossalmente una rigenerazione delle stesse istituzioni democratiche soltanto se falliscono nel loro intento, provocando, al contempo, un generale risveglio delle coscienze. La rinascita della democrazia pluralista non può che passare da una riscoperta del valore dell'altro e dell'importanza della solidarietà nel rispetto della diversità, secondo un percorso che richiede però un notevole impegno culturale e politico.

ABSTRACT

PARTE I STUDI

GIUSI SORRENTI

CDFUE e rapporti inter privatos ovvero «L'essenziale è invisibile agli occhi»? (ancora sulla doppia pregiudizialità ... passando per Saint Exupery)

(19.01.21)

Abstract

The article offers a careful reconstruction of the Italian constitutional case-law about the direct application of the EU law, supporting the idea that Constitutional Court's sent. No. 269/2017 does not overturn the solution adopted in the famous sent. Granital, because the latter derived from juridical premises which cannot be found in the EU Charter of Fundamental Rights. The A. further claims that the "condicio sine qua non" for the derogation to the "centralized model" of judicial review of legislation and the preference for direct application of an EU rule (eventually after a preliminary referral to the Court of Justice) is – at least in every litigation between private parties – the horizontal effect of such a rule: on the contrary, if this lacks, the judge does not have a rule that would substitute the national law in the decision of the pending lawsuit. In this hypothesis, the alternative between reverting the issue to the Constitutional Court or preliminary referring to the EU Court does not even arise, the first solution being the only correct one.

ANDREA BONOMI

Può il diritto vivente rendere chiara e precisa una legge "sostanzialmente penale" dal contenuto vago ed incerto? Dalla recente giurisprudenza costituzionale una risposta nebulosa

(19.01.21)

Abstract

The contribution intends to investigate whether, or not, it is decisive the relevance that, with regard to the identification of the parameter aimed at verifying compliance with the principle of determination of the provisions that provide for a substantially punitive sanction, in decision n. 145 of 2020 the Court intends to attribute to the living law.

ANDREA CONZUTTI

"Furbetti del cartellino" e automatismo espulsivo: l'insostenibile leggerezza dell'interpretazione adeguatrice (traendo spunto da Corte cost. n. 123 del 2020)

(19.01.21)

Abstract

The aim of this paper is to analyze the recent decision of the Constitutional Court, n. 123 of 2020, concerning the automatic lay off of the public employee in case of false attestation of his presence in service. In particular, the study focuses on the issue of the interpretation according to the Constitution and its limits, especially the letter of the law. In addition, the Author criticizes the current trend of the Court to sanction with inadmissibility the referring judge who did not adhere to the prevailing hermeneutic approach. Finally, some comments are proposed regarding the (in)admissibility of the Constitutional Court's review on choices involving the use of discretion, exclusively reserved to the Parliament.

FELICE CARLO BESOSTRI - FRANCESCO VALERIO DELLA CROCE - GIUSEPPE LIBUTTI
Roma Capitale: uno status giuridico di equilibrio tra "capitalità" e "metropolitanità"

(19.01.21)

Abstract

The Administrative, government and management reform of “Roma Capitale” is certainly a unanimous need. It is necessary, therefore, to achieve a reform shared by all the main parliamentary forces.

This is more evident if we look at the experiences of some of the most important European capitals.

VINCENZO SCIARABBA

Riflessioni di inizio anno tra tutela della salute, organizzazione e funzionamento della giustizia e garanzia dei diritti e principi fondamentali (a partire da una questione pregiudiziale sollevata, in parallelo a una questione di costituzionalità, da un Giudice di pace italiano)

(19.01.21)

Abstract

The essay takes its cue from an interesting order of the Court of Justice that declared inadmissible a request for a preliminary ruling made by an Italian Justice of the Peace. After analyzing the Luxembourg Court’s decision and the useful indications that can be derived from it on a procedural level, it dwells on the underlying substantive issues. In addition, drawing inspiration from the extensive reasoning of the Italian judge’s application and using it as an example, some more general reflections are developed on some of the “evils” of our times and on some possible solutions.

PATRIZIA MAGARÒ

L’elezione del 46° Presidente degli Stati Uniti: luci e ombre di un “momentous event” nella storia della democrazia americana

(19.01.21)

Abstract

This essay examines some constitutional issues and problematic aspects of the presidential election in 2020, devoting specific attention to the transition process, the effects of the electoral lawsuits, the Electoral College procedure and the counting of the electoral votes in Congress.

The analysis also takes into consideration the institutional consequences of the Jan. 6 attack on U.S. Capitol and the escalation of tensions between the Legislative and the Executive branches of government.

GIAMPIERO BUONOMO

L’ordinanza di rimessione e la parte: il Golem e la marionetta

(22.01.21)

Abstract

The cursory practice of the judges - who “help”, with their autonomous power, the fragility of party allegations - has produced the principle of the necessary self-sufficiency of the referral to the Constitutional Court : it could be explained with the obligation to provide reasons, and the need to counterbalance the progressive tendency of the Court towards an increasingly in-depth assessment, which overlaps the jurisdiction of the referring court.

ANTONIO RUGGERI

Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica

(25.01.21)

Abstract

The study examines the origins of the crisis of representative democracy; it describes the principal manifestations and finally it questions the innovations in terms of both rules and regularity of politics suitable to remedy it. On this basis, it demonstrates the importance of the maximum distribution of sovereignty together with the maximum cooperation between multiple institutional centers (in particular, between legislators and judges).

LIBORIA LINDA ARDIZZONE

Quando la Costituzione italiana deve misurarsi con il diritto dell'Unione europea (a margine di Corte di cassazione, sezz. un. civ. ord. n. 19598 del 18/09/2020)

(05.02.21)

Abstract

The contribution analyses the interim order n. 19598 of 18/09/2020, with which the United Sections of the Court of Cassation made a preliminary referral pursuant to the art. 267 TFUE to the C.G.U.E. At first, are reconstructed the origins of the case, is carried out a survey of the institution of the preliminary referral and highlighted the major points of the of the Constitutional Court decision n. 6 of 2018, regarding the concept of reasons of jurisdiction. Subsequently, are traced some precedents of the Court of Cassation on the refusal of jurisdiction and described the three questions referred for a preliminary ruling. Finally, after referring to the concept of dialogue between the Courts, some final considerations are resigned also in the light of what could happen to the outcome of the preliminary referral.

FRANCESCO GABRIELE

Al referendum costituzionale non spetta (anche) un "tono" costituzionale (brevi note a Corte costituzionale ord. 195/2020)

(08.02.21)

Abstract

The paper critically examines decision no. 195 of 2020 of the Constitutional Court which declared inadmissible the conflict of powers caused by the concentration in a single electoral round of the constitutional referendum on the reduction of the number of parliamentarians and some elections.

GIUSEPPE NAGLIERI

Un nuovo modello decisorio per un nuovo equilibrio tra poteri? Unvereinbarerklärung e Anwendungssperre nel diritto processuale costituzionale italiano (brevi note, comparate, a margine di Corte cost. ord. 132/2020)

(15.02.21)

Abstract

In ruling 132/2020, the Constitutional Court deployed the same two-parts introduced in 2018 in the Cappato case. The decision can be compared, with regards to the effects on the contested provision of the criminal code, with the Unvereinbarerklärung case-law of the Federal Constitutional Tribunal of Germany. The paper intends to outline the peculiarities of the judgment, aiming to setting them in the European Constitutional Justice panorama.

ENRICO ALBANESI

Abbiam fatto quindici, possiamo fare anche sedici... Sull'approvazione della legge di autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 15 alla CEDU da parte dell'Italia (e sulle prospettive del Protocollo n. 16)

(17.02.21)

Abstract

The article analyses Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. At last, an Act passed by the Italian Parliament has just authorised Italy's ratification of the Protocol. It is argued here that the Italian Parliament should now authorise also the ratification of Protocol No. 16 to the Convention.

ANTONIO RUGGERI

Ancora in tema di procreazione medicalmente assistita (chiose minime a margine di un corposo studio recente)

(22.02.21)

Abstract

Taking its cue from a recent monographic study, the paper reconsiders some troubled issues in the field of medically assisted procreation, also with reference to the experiences gained in other legal systems, especially as regards the subjective requirements for access to reproduction techniques, heterologous fertilization, the prohibition of maternity subrogation.

ROBERTO TONIATTI

La rilevanza della Corte costituzionale italiana in prospettiva comparata

Abstract

The paper (written for being presented to a public of Mexican constitutionalists) deals with the Constitutional Court's role in controlling the transition to constitutional democracy in Italy after WW2. Very few precedents could support the innovative framing of the institution and Italy, in 1947 (together with Germany, in 1949) was a pioneer in starting an analogous process that was eventually adopted by all countries in Southern, Central, Eastern and South Eastern Europe acceding to European mainstream constitutionalism (rule of law, human rights, and democracy). Some structural differences of the Italian Court regarding features that are generally present in other countries in Europe are examined and some final remarks on the substantive contribution given by the Court's case-law and constitutional adjudication are provided.

ANTONIO RUGGERI

La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)

(11.03.21)

Abstract

The paper quickly comments on sentences no. 32 and 33 of 2021 of the Constitutional Court, where some recent decision-making schemes are re-proposed, where the Court intervenes in case of inaction by the legislator, but where precedence must always be given to the "priority evaluation of the legislator".

NOEMI MINISCALCO

Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge (note a margine di Corte costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021)

(29.03.21)

Abstract

The Ordinance n. 4 of 2021, where for the first time the Constitutional Court suspended the effectiveness of a regional law in a judgment of legitimacy promoted by the State, is an opportunity to investigate how the "Judge of the Laws" exerted his precautionary power, overcoming that attitude of self-restraint, which had characterized his method of exercise for a long time.

ENRICO ALBANESI

Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?

(29.03.21)

Abstract

The article analyses Judgment No. 33/21, issued by the Italian Constitutional Court. It is argued here that an advisory opinion of the ECtHR, under Protocol No. 16 to the ECHR, should be considered under certain conditions as 'interposed norm' in constitutional review, also with regard to those States (like Italy) that have not ratified Protocol No. 16 yet. However, in Judgment No. 33/21 the Italian Constitutional Court did not answer entirely the question whether this could be possible. In light of this role that can be played by advisory opinions of the ECtHR, it is also argued here that Italy should ratify Protocol No. 16.

ANTONIO RUGGERI

Le trasformazioni istituzionali nel tempo dell'emergenza

(29.03.21)

Abstract

The paper highlights some of the most salient deviations that have occurred for some time and therefore increasingly worsened due to the emergency, of which there is evidence both at the level of institutional relations and also within society. It should be noted that the twists of the former are caused precisely by the latter, which are usually overlooked by even the most discerning doctrine. Finally, the paper focuses on the vital need to remedy some failures in both plans that have occurred in order for the order to be fully transmitted over time.

GIACOMO MENEGATTO

Ancora sul semestre bianco e sulla rieleggibilità del Presidente della Repubblica, a 130 anni dalla nascita di Antonio Segni

(01.04.21)

Abstract

This paper, taking inspiration from a recent statement by President Sergio Mattarella, focuses on the memorable message President Antonio Segni sent to the Chambers in 1963, hoping for a constitutional review based on the introduction of an expressed non-re-eligibility clause for the President of the Republic and on the abolition of the so-called "white semester". The essay, analyzing, firstly, the Constituent Assembly debate, the content of the various reform bills and the main doctrinal opinions on the theme, then aims to investigate the opportunity, nowadays, of a relaunch of these proposals, through the modification of the articles 85 and 88 of the Italian Constitution.

LARA TRUCCO

Diritti politici fondamentali: la Corte spinge per ampliare ulteriormente la tutela (a margine della sent. n. 48 del 2021)

(01.04.21)

Abstract

The essay examines the decision of the Constitutional Court no. 48/2021 in which no violation of the right to passive electorate was found, while the lack of a judge in disputes arising in the preparatory phase of the elections was blamed.

It is highlighted the restrictive approach of the Court to the institution of "verification of powers", aimed to limiting its effects to disputes relating to the validation of the admission titles of the elected, with a correlative expansion of the protection of political rights by the ordinary judges in the pre-election disputes (in particular, with regard the issues concerning the admission of lists or candidates). Hence the need for specific procedural rules, capable of ensuring an effective and timely electoral justice.

ROBERTO PINARDI

Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)

(07.04.21)

Abstract

The Author analyzes the innovative decision-making technique applied by the Italian Constitutional Court in the decision n. 41 of 2021, highlighting analogies and differences in comparison with similar argumentative schemes, the effects it produces over the legislator and the judicial organs, as well as some criticisms it arouses due to the lack of compliance with the incidental nature of judicial review of legislation.

ANTONIO IGNAZIO ARENA

Questioni procedurali sull'approvazione delle leggi di cui all'art. 116, comma 3, Cost.

(20.04.21)

Abstract

The paper is dedicated to the interpretation of procedure under article 116, par. 3, It. Const. It is argued that this procedure concerns only the ordinary regions and not only the legislative functions. Negotiations are initiated and concluded by executives, but a decisive role could be played by the legislatures through their directives. It is up to the regional legislature to present the proposal, while the national legislator decides whether to approve the act. It is finally argued that the opinion of local authorities should be expressed to Parliament (in the perspective of a synergy between the “municipalist” and the “regionalist” model of relationship between different levels of government).

RICCARDO GUASTINI – ALESSIO SARDO

Bostock: un caso di discriminazione sul lavoro

(26.04.21)

Abstract

Strictly speaking, Bostock is not a constitutional case. It is an employment law case: more precisely, one of discriminatory dismissal. Neil Gorsuch, who writes for the majority of the Roberts Courts, confines the issue to the interpretation of the Civil Rights Act (1964), without developing a real “constitutional argument.” From the perspective of legal reasoning, Bostock is an originalist decision. Both the majority opinion and the dissenting opinions of Samuel Alito and Brett Kavanaugh are attempts to reconstruct and apply the original meaning of the phrase “because of sex.” In this decision, several forms of originalism intertwine: there is clash between the textualist doctrine, on the one hand, and the doctrine of public meaning combined with intention-based arguments, on the other. But, in truth, the majority opinion's textualism seems to “hide” a dynamic and evolutionary interpretation that updates the original meaning of the Civil Rights Act to include sexual orientation in the protection against sex-based discriminations. When combined with other recent decisions, Bostock seems part of a broader strategy of the Roberts Court oriented towards the systematization of the federal law in the area of employment discrimination.

MASSIMILIANO MEZZANOTTE

Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali

(26.04.21)

Abstract

With the onset of the pandemic, the confrontation between the State and the regions has intensified, precisely because of the excessive restrictions adopted at state level. The judgment n. 37 of 2021 is perhaps the tip of the iceberg of this contrast, in which attempts to adopt legislation different from that approved at national level leads the Court to reconsider the limit of international prophylaxis provided for by art. 117, paragraph 2, lett. q), Cost., and to consider it applicable to the case in question, but without resolving other issues that perhaps deserve more attention.

CARMELA SALAZAR

Lo “statuto costituzionale dello straniero” e il diritto d’asilo

(03.05.21)

Abstract

The paper discusses current migration policies, underlining the need for legislative interventions that mark the abandonment of the emergency approach. Moreover, these interventions, taking into account the now structural nature of immigration, should both favor the regular entry of foreigners

for work reasons, and redeem the constitutional right of asylum from the typical uncertainty of rights without law.

ANDREA MATTEONI

Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza

(03.05.21)

Abstract

The paper addresses the theme of procedural aspects of the “Cappato’s case” and it supports the thesis according to which the decisional technique used by the Italian Constitutional Court is essential to fully safeguard the principle of constitutional legality, similarly to what happens in the executive process in front of the administrative judge)

ALESSANDRO LAURO

Note critiche sulla crisi del Governo Conte II e la formazione del Governo Draghi

(03.05.21)

Abstract

The paper analyses the crisis of the second Conte Ministry and the transition to the new Cabinet led by Mario Draghi. In particular, it reflects on two main aspects: the legitimacy of minority governments according to the Italian Constitution and the role of the President of the Republic handling the ministerial crises during the 18th legislature. In conclusion, some hypotheses are formulated for new constitutional conventions that could provide the Italian system of government with greater stability.

PIERDOMENICO LOGROSCINO

Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia

(03.05.21)

Abstract

The complexity of the art government is made more evident than ever by the pandemic. Even in politics, technique is indispensable. The responsibility for selecting high quality politicians lies with the parties, but experience shows that they don't do it. Wrong choices – not measured in terms of skills and competences in government – are among the main causes of the political system’s delegitimization. A law on parties could be one of the right ways to respond.

GIOVANNA RAZZANO

Tecnologia Blockchain per la banca dati per le DAT? Osservazioni alla luce del diritto alla protezione (e controllo) dei dati personali e del principio del buon andamento

(10.05.21)

Abstract

Blockchain information technology represents an opportunity for innovation and digitization of public administration. The article examines the proposal - advanced by a working group set up at the MISE (Ministry of Economic Development) - to test the blockchain for the register for the collection of Advanced Healthcare Directives, in light of the right to protection and control of data (GDPR) and principles of accountability, participation and efficiency of the PA, taking into account the importance of building trust between citizens and digital transformation.

JACOPO FERRACUTI

La gestione dell'emergenza Covid-19 alla prova del conflitto interorganico. Prime note sulle ordinanze di inammissibilità nn. 66 e 67 del 2021

(11.05.21)

Abstract

The essay focuses on ordinances nos. 66 and 67 of 2021, with which the Constitutional Court recently declared inadmissible the conflicts proposed by two parliamentarians in relation to the measures adopted by the Government in the management of the Covid-19 emergency. About these rulings, the most significant aspects should be emphasised, in particular the impression, which the rulings help to confirm, of the lack of protection of individual parliamentarians in the event of a conflict, and of the choice made by the judge constitutional to “support” the executive, in a particularly critical historical moment.

ANDREA MORRONE

[Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo](#)

(12.05.21)

Abstract

The paper examines the third order for postponement of the hearing by the Constitutional Court to give the legislator time to intervene, examining both the more general reasons for the Court's appeal to institutional collaboration, and the impact of the decision on the constitutional process itself.

VINCENZO SCIARABBA

[“Neighbourhood Watch” o “Neighbourhood Support”? La dichiarazione d'incostituzionalità della legge veneta sul controllo di vicinato e le strade percorribili in futuro](#)

(19.05.21)

Abstract

The essay, starting from a recent judgement of the Constitutional Court which annulled a regional law on the subject of “neighbourhood watch” for lack of legislative competence, investigates this phenomenon from the perspective of constitutional law, in the light of the experiences of other countries and taking into account the critical reflections put forward by scholars with regard to them, and also turning its attention to other phenomena in some way comparable. On the basis of the results of this investigation, we draw up some proposals about possible regulatory developments in this field (by the state legislature or, perhaps better, the regional legislatures), hopefully in the sense of a reconfiguration of this phenomenon in the direction, for example, of what in some countries is called “neighbourhood support”.

GIAMPIERO BUONOMO

[Consultazioni di ex Presidenti delle Camere: un tentativo impudico](#)

(23.05.21)

Abstract

The short paper recalls the story that had as protagonists, on the one hand, Dino Grandi, who, in the Republican era, attaching his story as Speaker of the Chamber in the Fascist era, repeatedly asked to be heard during government crises, alongside the President of the Chamber of Deputies, in consultations with the President of the Republic; and, on the other hand, Gianni Ferrara, then a high parliamentary official, who firmly opposed Grandi's claim, underlining the discontinuity between the fascist and republican systems produced by the constitutional violations of the dictatorship.

OMAR CARAMASCHI

[La sicurezza della Repubblica alla prova delle regole legislative e della prassi parlamentare: il caso del COPASIR](#)

(24.05.21)

Abstract

The paper examines, through legislative norms and parliamentary practices, the case of the Parliamentary Committee for the Security of the Republic (COPASIR), especially in light of the recent events that have seen the change of the parliamentary majority.

ANTONIO RUGGERI

[Il gioco a Carte delle Corti](#)

(26.05.21)

Abstract

The paper highlights how between the European Courts and the National Courts (in particular, the Italian Constitutional Court) there is an endless "game" with Cards ... "counterfeit" by each player in order to win the game, without however realizing - due to the partial and reductive perspective adopted - that in this way a "boomerang" effect penalize the Courts themselves.

ALBERTO MARCHESELLI

[Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria \(spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021\)](#)

(07.06.21)

Abstract

The person who has committed violations has the right not to cooperate at his own indictment. This is guaranteed by international jurisprudence. This paper examines the corollaries of this fundamental right in tax matters, where the analysis must take into account the connection with the taxpayer's fundamental duties. The "nemo tenetur se detergere" rule has the potential to undermine the basis of some classic instruments of the administrative tax control phase, such as some cases of presumptive tax assessments and of limitations to submission of new evidence in front of the tax court. Problematic profiles also emerge with respect to some sanctions, both administrative and criminal, provided in addition to the tax assessment.

LUIGI SANTORO

[L'attribuzione del cognome ai figli: dalla discrezionalità del legislatore... alla discrezionalità dei genitori \(considerazioni controcorrente a partire dalla ord. n. 18/2021 della Corte costituzionale\)](#)

(05.07.21)

Abstract

Constitutional Court's [judgment No. 18 of 2021](#) offers an opportunity to question the tendential unconstitutionality of legislative automatisms potentially damaging to fundamental rights (in this case: the right of the child to be identified with the surname of both parents), through the procedural technique of self-deferring before to itself of a further question of constitutional legitimacy. In addition to the substantive and procedural aspects of the ruling, this paper critically analyses new possible ways which to imagine the relationship between the Constitutional Court, the inertia of the legislator and its discretion.

ANTONIO D'ATENA

[Una modesta proposta di revisione statutaria: la disciplina umbra e marchigiana della "vacatio legis" \(a proposito di manutenzione della Costituzione\)](#)

(05.07.21)

Abstract

The paper proposes to amend the erroneous regulations contained in some ordinary regional statutes, which set the term of the vacatio legis by means of the formula "no earlier than the fifteenth day following the publication of the law". The Author brings this type of amendment back to the culture of "maintenance of the Constitution", which, in his opinion, should replace the syndrome of major constitutional reforms in our country.

SIMONE SCAGLIARINI

La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica

(08.07.21)

Abstract

The paper traces the genetic and permanent connection between technological progress and the two rights to personal identity and privacy, focusing on the current European and national legislation. In this context, two main aspects emerge: on the one hand, certain criticisms of the GDPR in the ordinary relationships between the data controller and the data subject and, on the other hand, a structural inadequacy of the regulatory act in the presence of big data and their algorithmic processing, especially by the big companies of internet, which have now assumed, thanks to the data they possess, a power that allows them to deal with sovereign states as their equal. To this end, the essay indicates some possible solutions, both de jure condito, such as the use of antitrust and consumer protection legislation, and de jure condendo, such as the implementation of art. 80 of the GDPR and the regulation proposals presented by the Commission as part of the European Data Strategy.

FEDERICO GIRELLI

La disabilità e il corpo nella dimensione costituzionale

(19.07.21)

Abstract

The cultural approach for which some people are the so-called “normal one” and some others are “disabled” persists. Instead, it is necessary to realize that there is a unique human race, made up of people, each with its peculiarities, each with its dignity: the point is that disability is one of the many displays of the human person, placed at the center of the republican constitutional program. The body, the σῶμα, the external dimension of the person or a particular genetic condition must not become an insuperable obstacle to the process of the full development of the human being enshrined in the Italian Constitution, which perceives the social relationships with other people as the core of the authentic social inclusion. Indeed, the heart of the constitutional protection of people with disabilities consists of precisely safeguarding and enhancing their specific socialization needs.

FRANCESCO TORRE

Data retention: una ventata di “ragionevolezza” da Lussemburgo (a margine della sentenza della Corte di giustizia 2 marzo 2021, C-746/18)

(19.07.21)

Abstract

The paper analyses the recent Court of Justice judgment of 2 March 2021 about data retention regulation. Having revisited the developments on the subject matter both in European and Italian legislation and case law, this research assesses the conceivable internal consequences that such judgement might create in our own legal system.

ALESSANDRA MAZZOLA

Il diritto alla salute tra dimensione individuale e dovere sociale

(22.07.21)

Abstract

The article examines the constitutional right to healthcare and focuses on the social aspect of this right. Having stated the right to healthcare, Article 32 of the Italian Constitution imposes a "duty" to help (social and medical) whenever the health of a person is considered an interest of the community. The "duty" to provide assistance might include compulsory health treatments, including vaccinations. After reconstructing the current legislation on mandatory vaccination for health personnel, the author analyses the "strong" recommendation provided both at national and European level on vaccination (the so-called EU green pass). Finally, the emphasis is focused on the

principle of social solidarity (Article 2 Constitution) by virtue of which it seems to understand the "moral" duty to vaccinate in order to safeguard one's own health and that of the community. Hence, the principle of social solidarity allowed the state to opt not to impose vaccination.

MARINA ROMA

[La Consulta sulla c.d. proroga tecnica per gli operatori del gioco lecito nella Legge di Bilancio 2018. Lo scrutinio "a maglie larghe" della Corte nella sentenza 49/2021, tra esigenze di finanza pubblica e libertà di iniziativa economica privata](#)

(23.07.21)

Abstract

The essay aims at offering some preliminary comments on decision of the Italian Constitutional Court no. 49/2021, regarding the alleged constitutional illegitimacy of certain provisions of the Budget Law for the financial year 2018 (i.e. Law No. 205/2017) addressed to gaming operators. After a brief summary of the decision, the author makes a critical comparison between the motivation of the Constitutional Court and the European Court of Justice's consolidated case-law on such matter.

GIOVANNI TARLI BARBIERI

[La necessaria ed auspicabile riforma della disciplina del contenzioso elettorale preparatorio riferito alle elezioni politiche a seguito della sent. 48/2021 della Corte costituzionale](#)

(28.07.21)

Abstract

The paper examines the decision no. 48 of 2021 of the Constitutional Court, as a fundamental piece in a jurisprudential path in the matter of litigation relating to national elections, historically characterized by a conspicuous weakness of judicial protection.

The ruling partially resolves the "black hole" of the absence of judicial protection on disputes concerning the preparatory electoral procedure relating to the elections to the Chamber and the Senate. However, the Constitutional Court does not renounce to urge the Chambers to follow up on its decision by outlining "an ad hoc procedure, which ensures timely pre-electoral justice".

LORENZO SPADACINI

[I diversi bilanciamenti tra principio democratico, libertà di voto e diritto alla salute nei rinvii delle scadenze elettorali a causa della situazione pandemica](#)

(10.08.21)

Abstract

The paper faces the postponement of elections during pandemics in Italy. It assesses the necessity of a constitutional balancing among the democratic principle, in one hand, and the freedom of vote and the right to health, in the other. The former would require not to postpone the elections, the latter the opposite. The paper distinguishes the space of this balancing according to the different legal force of the sources of law, which regulate every specific election. It concludes that the postponement of elections in Italy during PANDEMICS shows lights and shadows. In fact, the postponement of the constitutional referendum and other elections during the first phase of pandemics seems to comply with a reasonable balancing of the constitutional values at stake, while the postponements in the second phase of pandemics seem to sacrifice excessively the democratic principle.

GIAN LUCA CONTI

[I diversi bilanciamenti tra principio democratico, libertà di voto e diritto alla salute nei rinvii delle scadenze elettorali a causa della situazione pandemica](#)

(01.09.21)

Abstract

Democratic backsliding is a commonplace in the contemporary constitutional language. Duly elected governments which are able to reform formal constitutions in a counter democratic way. That is common said about Poland or Hungary and the cause, as common said, is populism. In Italy, or in other Eu countries which can be considered as advanced democracies, if this expression can be used or sounds good, this is not the problem. There is populism but populism is not a problem in Italy, USA or UK and so on. The real problem, in the opinion explained in this essay, is biopolitics. The Foucault idea for which the power of surveillance is governance by pleasure is the actual power and this power is not in the hands of a government or a State or a democracy, it is in the hands of net corporations, big as a modern State and surely not democratic. So the aim of a constitutional scholar who wants to defend democracy is not a discourse about populism, or the crisis of representation. The real discourse is about the real essence of internet and how we can make available fundamental rights in the code.

ANTONIO RUGGERI

Il "dialogo" tra le Corti: una precisazione di metodo per una nozione apparentemente bonne à tout faire

(06.09.21)

Abstract

The essay highlights the suggestiveness but also the ambiguity of the notion of "dialogue between the courts", as well as its compromission due to the use of partial methodological bases. A bug that is found in the jurisprudence of both the Court of the European Union and the Constitutional Court. The author therefore underlines the need to distinguish cases of "dialogue" from cases of multiple and mutually non-communicating monologues.

GIUSEPPE MOBILIO

I sistemi di identificazione biometrica a distanza: un esempio paradigmatico delle sfide lanciate dalla tecnologia al diritto costituzionale

(10.09.21)

Abstract

The essay deals with the legal problems arising from the widespread diffusion of remote biometric identification systems. These unparalleled technologies, based on artificial intelligence, are capable to involve some of the principal challenges that digital algorithmic technologies are posing to contemporary constitutionalism. Starting from the attempt of the most recent proposal of European regulation to dedicate more stringent rules to this issue, the analysis focuses on the difficulties of legal rules to regulate these instruments of surveillance and the overall threats to fundamental rights.

VITALBA AZZOLLINI - ALESSANDRO MORELLI

Romanzo emergenziale. Notazioni sulla disciplina in materia di Covid

(16.09.21)

Abstract

The essay examines the regulation in the field of the health emergency, especially regarding the extension of the state of emergency and the obligation of vaccination. The Authors show that the public debate is based on political factors rather than on medical-scientific and legal reasons. The reconstruction of the exact regulatory framework is a necessary condition to allow accurate democratic control over the management of the emergency by the Government.

MICHELA MICHETTI

Diritto al silenzio e insider trading: il confronto tra Roma e Lussemburgo prosegue sulla via del dialogo (Corte costituzionale, sentenza n. 84/2021)

(23.09.21)

Abstract

With [decision n. 84/2021](#), the Constitutional Court declared the unconstitutionality of art. 187 – quinquiesdecies (d.lgs. n. 58/1998), relating to the crime of insider trading as it violates the right to remain silent (art. 24 Cost.). The Author analyzes the decision, highlighting how it is an important moment of dialogue with Court of Justice, aimed at protecting rights and freedoms in compliance with the European Charter of Fundamental Rights and the Italian constitutional tradition.

SILVIA FILIPPI

[Sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti: riflessioni a partire da Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84](#)

(05.10.21)

Abstract

[Judgment No. 84/2021](#) represents a further development of the obiter contained in Judgment No. 269/2017, through which the Constitutional Court partially modified the judicial protocol to be followed in “dual preliminary” situations. The recent decision is the result of a virtuous dialogue built with the Court of Justice of the European Union, even if some problems are at stake. Meanwhile the Court of Cassation has raised three complex preliminary questions to the Court of Justice of the European Union, risking to trigger a conflict with the Constitutional Court.

ILARIA DE CESARE

[Constitutional Degradation and the Italian Parliament. How can the centrality of the representative body in the Italian legal system be preserved?](#)

(05.10.21)

Abstract

The essay focuses on the Italian Parliament and the process that may undermine its centrality in the exercise of the legislative function. The paper investigates whether the representative body has lost its role and suggests some legal interventions to correct this phenomenon. So, it analyses the legal tools (and their effects) used by the Government to impose itself on the Parliament. Though the actual functioning of Italian legal system could still be considered as belonging to the area of what Constitution established, it does not seem possible to postpone a reform to ensure the centrality of Parliament. It appears that the best tool would be an amendment of parliamentary rules of procedure. In particular, the main solution proposed is a reform of the law-making process, to guarantee an evolution - not a transformation - of the Italian legal system.

BERTRAND FAURE

[Les droits des femmes dans les constitutions françaises](#)

(05.10.21)

Abstract

The essay focuses on the rights of women in the French Constitutions. After having retraced the constitutional evolution of political rights in the female perspective, the author draws the attention and examines with a critical approach the development of civil and social rights of women, in the light of the jurisprudence of the Conseil constitutionnel.

GIUSEPPE VERDE

[L'emergere dell'autonomia normativa del CSM \(notazioni a margine del dibattito sulla riforma dell'ordinamento giudiziario\)](#)

(11.10.21)

Abstract

The article deals with the phenomenon of the foundations and the evolution of powers close to normative ones in the exercise of the constitutional functions of the Superior Council of the Judiciary. The analysis takes into account the debate on the reform of the judicial order.

ANTONINO AMATO

Amici ... a metà. Primo bilancio dell'“ingresso” degli Amici curiae nel giudizio di costituzionalità
(18.10.21)

Abstract

The article deals with the first cases of application of the new Amicus curiae's institute in judgments before the Constitutional Court. In particular, statistical data of the admissibility measures and the inadmissibility decisions of the opinions are examined and commented. In addition, some observations are made about the role of the Amici curiae in constitutional process. Finally, there is an attempt to express an opinion on the functioning of the new institute, in order to highlight any critical issues and to propose the improvement of some steps of the admission procedure.

AGATINO CARIOLA

L'elettorato passivo può essere trasformato in interesse legittimo? Brevi osservazioni a margine di Corte costituzionale 11 marzo 2021, n. 35

(22.10.21)

Abstract

The essay comments favourably on the decision by which the Constitutional Court judged not unlawful the provision of the fixed duration of the limiting measures of the right to vote and the right to electorate, imposed together with the criminal sanctions against elected administrators, denying the necessary competence of the judge to evaluate case by case.

GIANLUIGI GATTA

Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'

(23.10.21)

Abstract

The contribution focuses on the recent law no. 134/2021, of delegation to the Government for the reform of the penal system, proposed on the initiative of Minister Marta Cartabia, as part of the achievement of the objectives set in the National Recovery and Resilience Plan (P.N.R.R.). The reform constitutes a fundamental piece of an overall plan for the reorganization of justice aimed at increasing its efficiency and reducing its time. The Author carries out a first reading of the main lines and tools used by the legislator.

ANTONIO SAITTA

Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021

(26.10.21)

Abstract

The contribution discusses the adoption of governmental emergency legislation during the COVID-19 pandemic. In the light of the recent Constitutional Court's jurisprudence, the Author investigates the reasons beyond the failure to use the existing Code of Civil Protection in favor of the Law decrees and the Decrees of the President of the Council of Ministers.

JOHN DIAMOND

Brexit, Devolution and the constitutional implications for the UK: Prospects for change

(26.10.21)

Abstract

The following six points provide a useful framework to explore the current (and potentially future) constitutional tensions within the UK as a result of both Brexit and the Devolution Deals introduced by the Labour Government elected in 1997.

FRANCESCO TORRE

La prima volta non si scorda mai: le sentenze “additive di prestazione” approdano a Lussemburgo (a margine della decisione della Corte di Giustizia nel caso Cresco Investigation)

(28.10.21)

Abstract

The paper analyses the Court of Justice judgment of 22 January 2019 about non-discrimination principle. Looking back at the Luxembourg case law on direct effect in horizontal disputes, the progressive emergence of the Nice Charter, now the main parameter of legitimacy in the Court's decisions, is highlighted.

ANTONIO RUGGERI

Per un aggiornamento grafico della bandiera che rispecchi fedelmente l'identità costituzionale della Repubblica e l'appartenenza di quest'ultima all'Unione europea

(03.11.21)

Abstract

The contribution outlines the thesis aimed at innovating the symbol of the flag described in article 12 of the Constitution, indicating at its center the membership of Italy in the European Union. This innovation would not affect, but would make the composite identity of the Republic more faithful.

GIOVANNI BOTTO

Valutazione ambientale strategica e pianificazione urbanistica: tra principio di precauzione e anti-formalismo

(09.11.21)

Abstract

This contribution aims to highlight the reconstruction of the regulations regarding environmental impact assessments, with particular attention to the strategic environmental assessment, recently carried out by the Council of State. Specifically, the analysis focuses on the relationship between these assessments and the more general principles of prevention and precaution, highlighting the specific enhancement that is made of the latter by the Administrative Judge. Indeed, we can note the adoption of an interpretative scheme devoted to substantive and not merely formal compliance with the regulations set up to protect the environment. Of particular interest is the statement that, in the urban context, the EIA is part of a sort of evaluative continuum in which each previous evaluation must be taken into consideration for subsequent, so getting this evaluation within the binaries of the mere scan of the urban planning procedure is likely to bring the value of the protection in question under the aegis of mere formalism. Finally, the contribution highlights the interpretation reaffirmed by the Council of State in relation to the long-standing question of the relationship between the proceeding Authority and the competent Authority in matters of EIA.

ANDREA BONOMI

Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un unicum

(10.11.21)

Abstract

The paper concerns the role that can assume the prohibition of analogy against the offender in the judgment on the laws. This role is examined both in the "face" of the same prohibition turned to the legislator, and above all in the "face" of the same prohibition addressed to the judge: regarding this second "face" will be analyzed the supposed non-sanctionability in the judgment of the violation of the prohibition of analogy to the detriment of the offender and the vexata quaestio about the distinction, in many cases difficult to delineate, between extensive interpretation and analogy.

CARMELA SALAZAR

Judex ex machina? Note su giustizia, giudici e intelligenza artificiale

(18.11.21)

Abstract

The essay, reflecting on the potential of artificial intelligence as a tool for the judicial function, highlights some controversial aspects relating to the systems of "predictive justice".

ELEONORA RINALDI

Il principio di sussidiarietà verticale alla prova dell'emergenza interna

(30.11.21)

Abstract

This essay, moving from the analysis of methods used by the State to counter the spread of the SARS-Cov-2 virus, deals with the difficulties arose during pandemic in preserving the regional framework, highlighting how these difficulties are imputable, at least in part, to the mechanisms for the protection of unitary needs set by the reform of Title V., p. II of the Constitution. Such mechanisms show certain limitations, in particular when the protection of supra-regional interests is imposed as an 'administrative problem', both in ordinary situations and in emergencies. Therefore, it follows the need to redress not only the compatibility of the solutions identified with the crisis management, but also the political-institutional significance of these solutions which involve, in addition to the pandemic, the future of our form of state.

CARLA DI MARTINO

La semplificazione normativa nel PNRR: il coinvolgimento dei legislatori regionali tra «progetti bandiera» e «poteri sostitutivi»

(06.12.21)

Abstract

The essay concerns the involvement of Regional Legislators in the implementation of National Recovery and Resilience Plan («Piano nazionale di ripresa e resilienza»), considering regulatory simplification measures programmed by the Plan. In this perspective, it proposes a comparison between the Plan and the Italian Simplification Agenda 2020-2023 and it examines the framework of regional regulatory simplification measures.

LUCIANO CIAFARDINI

Sul compenso da riconoscere ai magistrati onorari di lungo corso: aspettando Godot

(06.12.21)

Abstract

The article analyzes the [sentence no. 172 of 2021](#) of the Constitutional Court, which ruled out the existence of an unjustified difference in economic treatment between two different figures of honorary magistrates. By meticulously reconstructing the regulatory evolution of the reference discipline, the work highlights the indisputable profiles of intrinsic unreasonableness of the legislation scrutinized by the Constitutional Court, not assessed as extraneous to the perimeter of the complaints, supposing the possible outcomes of any future questions that might be raised by evoking the relevant profiles of constitutional illegitimacy. Finally, the paper examines the parliamentary works concerning bills for the overall reform of the matter, highlighting the persisting critical issues.

GIOVANNA RAZZANO

Le incognite del referendum c.d. «sull'eutanasia», fra denominazione del quesito, contenuto costituzionalmente vincolato e contesto storico

(09.12.21)

Abstract

The paper focuses on the referendum request aimed at repealing - except for some limited cases - the crime of consensual homicide. The A. analyses some controversial aspects of the request, taking into account the role of the Central Office at the Court of Cassation and the Constitutional Court case law on referendum admissibility, according to which is forbidden, inter alia, to call referendum for laws with a binding constitutional content.

IRENE GOIA

[Una giustificabile “invasione” di campo](#)

(09.12.21)

Abstract

Retracing the work of the Constituent Assembly and the legislator of 1953, it is possible to reconstruct the original Italian idea of Constitutional Court: a «negative legislator» who should have pronounced mere acceptance or mere rejection sentences; a «negative legislator» whose competence should have been limited to the control of pure legitimacy, without ever trespassing on political questions or in opportunity assessments. The difficult definition of what politics is and how wide the legislative discretion is has left to the judge of laws the task of self-limiting its action. Even more, the context in which it lives has led the Court to reshape its character. In this sense, the relationship between the Court and the Parliament plays a fundamental role, especially regarding the criminal field. In fact, as for this matter characterized by a high rate of politicity, the constitutional judge has explored different ways of judgment and decision. There is no doubt that the Constitutional Court has now gone beyond the original limits of its own review, by invading the role of the legislator. But, when cooperation failed and constitutional justice is strongly required, judicial activism is, perhaps, justifiable: it appears appropriate and necessary that the «natural task» of the guarantor of the Constitution adapts to situations of political emergency, through a new model of balance between the “value” of legislative discretion and the “value” of implementation of constitutional principles.

CRISTINA DE LUCA

[La Corte costituzionale torna sulle “rime possibili”: un’insolita pronuncia di mero accoglimento per caducare una sanzione amministrativa fissa \(osservazioni a margine della sent. n. 185 del 2021\)](#)

(10.12.21)

Abstract

The paper examines the [decision no. 185/2021](#) of the Italian Constitutional Court which declares the unconstitutionality of a fixed administrative penalty imposed on licensed gambling operators and owners of gambling rooms for breaching the duty to provide information on the risks of compulsive gambling, leaving the Legislator to establish a new penalty that complies with the Constitution, with relevant minimum and maximum thresholds. The paper focuses on the choice made by the Court to adopt, in this case, a declaration of unconstitutionality, despite the resulting gap in regulation. The Court explains when it has to use manipulative decisions and when, instead, it can also use a “simple” declaration of unconstitutionality, like in this case, by differentiating “unsustainable” and “sustainable” gaps in protection. Finally, the paper observes how the decision fits perfectly into the increasingly loose and proactive attitude of the Constitutional Judge in the current institutional season

GIUSEPPE DONATO

[Un vecchio problema per \(una\) Forza Nuova: lo scioglimento delle organizzazioni neofasciste tra giudici e governo](#)

(20.12.21)

Abstract

The essay examines the problem of the dissolution of neo-fascist organizations in its legislative and jurisprudential evolution. The analysis starts from the XII final provision of the Constitution, which

imposes a specific ban that is limited only to the fascist party; then it develops on the legislation of ordinary rank approved in 1945, 1947 and 1952, the so-called “Scelba law” still in force. Then, the debate on the bill proposed by Senator Parri – which aimed to dissolve the MSI by law – and the decisions of ordinary judges that led to the dissolution of some neo-fascist groups are deepened. In the conclusions, some proposals are made for changes to the existing structure, including the attribution to the Constitutional Court of the delicate task of the dissolution of parties.

MARIA CHIARA ERRIGO

The most dangerous branch? La Corte Suprema e il Texas Heartbeat Act

(21.12.21)

Abstract

The paper regards the protection of the right to abortion in the United States. Particularly, the contribution focuses on the latest Texas legislation (Texas Heartbeat Act, S.B. 8), in relation to the precedents of *Roe v. Wade* (1973) and *Planned Parenthood v. Casey* (1992), and on the role played by the Supreme Court to consider the Texas law and, more broadly, to guarantee the constitutional right to abortion in USA.

MATTEO CALDIRONI

La genitorialità intenzionale e l'interesse del minore: un vuoto di tutele intollerabile

(23.12.21)

Abstract

The essay deals with the reconstruction of the main pronouncements of the Constitutional Court relating to the regulation of medically assisted procreation (law n. 40/2004). In particular, the analysis focuses on the two latest rulings (Constitutional Court, sentences nos. 32 and 33 of 2021) that specifically touch on the issue of recognition of the legal status of children conceived through heterologous fertilization procedures (by homosexual couples) and through surrogacy.

PARTE II LIBRI, RECENSIONI E PRAFAZIONI

ALESSANDRO MORELLI

Recensione

Il virus populista: riflessioni su riduzionismo e antipluralismo nella politica contemporanea

a partire dal volume “Populismi e rappresentanza democratica”

di Alberto Lucarelli, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 180 - ISBN 8893918021

(19.01.21)

Abstract

The paper is a review of a book by Alberto Lucarelli on populism and democratic representation. The Author focuses mainly on the issue of compatibility between populism and democracy, getting to the conclusion that the complete implementation of the populist plan is incompatible with the pluralist character of contemporary democracy.

2021

